Die Besonderheiten der Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte beim Kauf von beweglichen Sachen und Rechten an solchen nach erfolgter Übergabe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Paul Thieme,

Referendar in Schmiegel.

Breslau

Buchdruckerei H. Fleischmann

1905.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Fischer.**

Korreferent: Professor Dr. **Beyerle.**

Dahn,
Prodekan.

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0154

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Einleitung 9

B. Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers in Beziehung auf Verschiedenheiten zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen 10

I. Römisches Recht 10

II. Das älteste deutsche Recht. 15

III. Das Recht des Mittelalters 21

IV. Das Recht der Neuzeit (nach der Rezeption) 26

1. Das Recht vor den Kodifikationen, ... 26

2. die Kodifikationen. 27

C. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Besonderheiten der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers von beweglichen Sachen und Rechten an solchen, die zum Besitze berechtigen 29

I. im Entwurfe I. Lesung, ... 29

II. im B. G. B.: 31

1. Die Haftung des Verkäufers eines Grundstücks bezw. eines zum Besitze berechtigenden Rechts an einem Grundstücke 31

2. Die Haftung des Verkäufers einer beweglichen Sache bezw. eines zum Besitze berechtigenden Rechts an einer beweglichen Sache 37

a. Allgemeines 37

b. Die Rückgewähr der Sache als Voraussetzuug des Schadenersatzanspruchs. 38

c. Der Untergang der Sache und ihre Herausgabe an den Berechtigten als Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs. 44

d. Die fingierte Herausgabe an den Berechtigten als Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs. . 49

e. Uebersicht über die Besonderheiten des Mobiliarkaufs. 51

f. Grund der singulären Behandlung des Mobiliarkaufs. 53

Literatur-Verzeichnis.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. 1882.

Bechmann, Der Kauf I. 1876.

Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz I 1: Das Salmannenrecht 1900, II: Die Konstanzer Grundeigentumsurkunden 1902.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II. 1891.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900.

Denkschrift zum Entwurfe eines B. G. B. f. d. D. R. 1896.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht d. D. R. und Pr. 1901. Bd. 2.

Eck, Vorträge über das bürgerliche Recht, fortgeführt von Leonhard 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Bd. 1901.

Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands. 1903.

Eneccerus-Lehmann, Einführung in das Recht des B.G.B. 1. Bd. 1900

Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.

Fischer, Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1887.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 1892.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Band II, Sachenrecht. 1905.

Goez, Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel. Inaug.-Diss. Tübingen. 1902.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 2 Bd. 1886.

Hölder, Institutionen. 1883.

Jörs, Das Römische Recht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, 2. Bd. 1. Teil. 1901.

Klein, Sachbesitz und Ersitzung. 1891.

Kolderup-Rosenvinge, Grundriss der dänischen Rechtsgeschichte übers. von Homeyer.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen. 1869.

Landsberg, Das Recht des B.G.B. 1904.

Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Rechte.
H. Loersch und R. Schroeder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechts, I. Privatrecht. 1881.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B. 1900.
Kuhlenbeck, Das B.G.B. erläutert. 1898/1899.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.
Meissner, Kommentar zum B.G.B. 1897.
Meyer, Herbert, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. 1902.
Monumenta Germaniae historica XV. Legum III, 1864, V. 1889.
Motive zum Entwurfe eines B.G.B. Bd. 2, 1888.
Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht des D.R. 1904.
Nasse, Die Bedeutung der Eviktion einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache. Inaug.-Diss. Erlangen. 1899.
Neumann, Kommentar zum B.G.B. 1898/1899.
Nouvelle revue historique du droit français et étranger. 1882—1884.
Obertribunalsentscheidungen.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch erläutert. 1900.
Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1897
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. eines B.G.B. 1. Bd. 1897/1899.
Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, 1. Teil 1902.
Rawitscher, Der Inhalt der Haftung des Verkäufers nach dem bürg. Recht. Inaug.-Diss. Breslau 1901.
Petri, Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sachkauf. Inaug. Diss. Strassburg 1899.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.
Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte. 1898.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1897.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Rechte. 1900.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage, herausgegeben von Kipp. 1900.
Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts; herausg. v. Crome. 1894.

A. Einleitung.

Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte ist im bürgerlichen Gesetzbuche ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Kaufs geregelt worden. Ihr Inhalt ist grundsätzlich der gleiche, mag es sich um den Kauf einer Sache oder eines unkörperlichen Gegenstandes, um den Kauf einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks handeln. Dieser Grundsatz ist jedoch durch Aufstellung von Sonderregeln für den Kauf von beweglichen Sachen und von Rechten an solchen, die zum Besitze berechtigen, durchbrochen worden. Eine Folge dieser Sonderregeln, die sich in den §§ 440 Abs. 2—4, 441 B.G.B. finden, ist nämlich, dass die Haftung des Verkäufers in ihrem praktisch am häufigsten vorkommenden Falle, dass der Verkäufer dem Käufer infolge des Rechtsmangels Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach der Uebergabe der Sache leisten muss, sich bei beweglichen Sachen und zum Besitz berechtigenden Rechten an solchen anders gestaltet als bei Grundstücken und den entsprechenden Rechten an solchen. Unterschiede des Mobiliarkaufs gegenüber dem anderer Kaufgegenstände kommen nicht in Frage, da die Verhältnisse, unter denen die in Rede stehenden Sonderregeln Platz greifen, nur bei Sachen und Rechten an diesen, die zum Besitz berechtigen, denkbar sind. Bei einer Darstellung der Besonderheiten des Mobiliarkaufs wird es sich darum in der Hauptsache um eine solche der Unterschiede zwischen Mobiliar- und Immobiliarkauf handeln.

Vor dieser Darstellung dürfte es von Interesse sein, die Unterschiede, die nach früheren Rechten in Ansehung der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers bestanden, einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

B. Geschichtlicher Teil.

I. Römisches Recht.

Die Betrachtung der Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte hat im römischen Rechte von der ältesten Form des Kaufes, der Manzipation, auszugehen. Zwar war wohl schon sehr frühe neben der Manzipation für res nec mancipi der formlose Handkauf als gültiger Kauf anerkannt, jedoch erzeugte dieser zwischen den Parteien in ältester Zeit keine obligatorischen Beziehungen [1]), und so war auch eine Vertretung von Rechtsmängeln durch den Verkäufer bei ihm zunächst unbekannt.

Dagegen hat es bei der Manzipation wohl schon, solange diese besteht, für den mancipio dans, den Verkäufer, eine Pflicht zur Gewährleistung für Rechtsmängel gegeben. Diese bestand in der Verpflichtung zur auctoritas, d. h. zur Verteidigung des Käufers in Prozessen, durch die ihm die Sache infolge eines Mangels im Rechte des Verkäufers streitig gemacht wurde. Verweigerung der Verteidigung oder erfolglose Verteidigung galt als Delikt des Verkäufers und verpflichtete ihn zur Zahlung einer Busse an den Käufer in Höhe des doppelten Kaufpreises. Der Anspruch auf diese Busse wurde geltend gemacht durch die actio auctoritatis [2]).

Die skizzierte Haftung des Verkäufers trat in gleicher Weise ein, wenn Grundstücke, wie wenn bewegliche res

---

[1]) Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 64 f.

[2]) Bechmann, Der Kauf I, S. 110 ff., Girard, Nouv. Rev. hist. 1882 S. 180 ff., Rabel S. 5 ff.

mancipi durch Manzipation verkauft wurden. Manche sehen eine Verschiedenheit zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in der Bestimmung der XII Tafeln: Usus, autoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto[1]). So nimmt Voigt[2]) an, dass dieser Bestimmung zufolge die Haftung des Verkäufers, die Verpflichtung zur auctoritas, bei Grundstücken nach Ablauf von zwei Jahren, bei beweglichen Sachen dagegen bereits nach Ablauf von einem Jahr erlösche. Wie Klein[3]) aber überzeugend nachgewiesen hat, handelte es sich hier nicht um eine abstrakte Befristung der Gewährschaftshaftung. Jene Bestimmung bezog sich in erster Linie auf die Ersitzung, und nur in Zusammenhang mit dieser auf die Gewährschaftspflicht. Die angeführten Zeiträume stellten die Fristen für die Ersitzung der XII Tafeln, den usus, dar. Die Ersitzung der Sache durch den Käufer machte die auctoritas des Verkäufers überflüssig und brachte daher die Verpflichtung zu derselben zum Erlöschen. Der Ablauf jener Fristen hatte somit nur dann die Endigung der Gewährschaftspflicht zur Folge, wenn gleichzeitig der Käufer die Sache ersessen hatte. An sich standen demnach bewegliche und unbewegliche Sachen hinsichtlich der Dauer der Gewährschaft gleich, insofern als diese bei beiden auf die Zeit bis zur Ersitzung abgestellt war.

Als bei dem formlosen Kauf, der von einer Gewährschaftspflicht des Verkäufers ursprünglich nicht begleitet war, eine solche sich allmählich entwickelte — zunächst durch Hinzutritt von Stipulationen (auf das habere licere oder das duplum), dann beim Aufkommen des Konsensualkaufs durch Gestaltung der actio empti zur Klage auf Vornahme der Garantiestipulation, später unmittelbar auf Schadenersatz wegen Eviktion[4]), — kommt ein anderer Gegensatz hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung beim Kauf auf: der

[1]) Voigt, XII Tafeln I S. 710.

[2]) Voigt, a. a. O. II S. 240.

[3]) Klein, Sachbesitz u. Ersitzung S. 233 f.

[4]) Ueber diesen Entwicklungsgang vgl. Rabel, Girard, Nouvelle revue histor. 1882 S. 180 218, 1883 S. 537—592, 1884 S. 395—439.

zwischen res mancipi und res nec mancipi. Dieser Gegensatz kommt für uns streuggenommen nicht in Frage. Denn er deckt sich nicht mit dem zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Zu den res mancipi gehörten ausser Grundstücken auch bewegliche Sachen, die Sklaven und Zugtiere. Andererseits war nicht jedes Grundstück res mancipi, sondern nur der fundus Italicus, nicht dagegen Provinzialgrundstücke[1]. Immerhin gehörte doch der grösste Teil der beweglichen Sachen zu den res nec mancipi, und unter den res mancipi spielten die Grundstücke bei weitem die grösste Rolle. Die Grundstücke waren es auch, die am längsten ihre Eigenschaft als res mancipi bewahrten, bei denen die Manzipation als Mittel zur Eigentumsübertragung am längsten in Anwendung blieb. Dass beim Sklavenkaufe die Manzipation früher ausser Uebung gekommen ist, lässt sich zwar mit Sicherheit nicht behaupten. Sicher ist aber, dass ihre Vornahme hier die Ausnahme war, während sie beim Grundstückskauf die Regel blieb. Dies geht daraus hervor, dass der Zwang zur Eingehung der Garantiestipulation wegen Eviktion beim Sklavenkauf seinen Ausgang nahm[2]. In der späteren Zeit war infolgedessen der Gegensatz zwischen res mancipi und res nec mancipi und der zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zwar nicht rechtlich, so doch tatsächlich nahezu identisch. Eine kurze Betrachtung der Unterschiede, die damals zwischen res mancipi und res nec mancipi hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers bestanden, ist darum wohl am Platze.

In der Zeit, die in Frage kommt, war der formlose Konsensualkauf bereits klagbar. Die Manzipation war nur noch der Erfüllungsakt, den der Käufer einer res mancipi von seinem Verkäufer mittels der actio empti fordern durfte[3]. Solange die actio empti in ihrer Garantiefunktion noch nicht ausgebildet war, bestand darum der Hauptunterschied zwischen

[1]) Gaius, Inst. II §§ 18—22.
[2]) Girard, Nouv. revue hist. 1884. S. 415.
[3]) Paulus, Sent. I, 13a, Gaius, Inst. IV 131a, Rabel S. 89.

res mancipi und res nec mancipi darin, dass bei ersteren die Gewährschaftspflicht des Verkäufers mit der Erfüllung seiner Manzipationspflicht zur Entstehung gelangte, während bei letzteren eine besondere Stipulation vorgenommen werden musste, damit eine solche begründet würde[1]). Die stipulatio habere licere verpflichtete in erster Linie den Verkäufer und dessen Erben, Angriffe auf die Kaufsache selbst zu unterlassen, was namentlich für die Zeit von Wichtigkeit war, als die formlose Tradition nicht immer Eigentum übertragende Wirkung hatte, in zweiter Linie zur Defension des Käufers gegen Angriffe Dritter. Insofern versprach der Verkäufer das, was er im Falle der Manzipation kraft Gesetzes schuldete[2]). Der Inhalt der Haftung, die die Manzipation zur Folge hatte, und derjenige der durch die stipulatio duplae begründeten Haftung waren durchaus von einander verschieden. Bei der Manzipationshaftung handelte es sich um eine Verpflichtung zur erfolgreichen Verteidigung des Käufers im Eviktionsprozesse, deren Nichterfüllung die Pflicht des Verkäufers zur Zahlung einer Busse auslöste. Durch die stipulatio duplae wurde dagegen der Verkäufer zu einer prozessualen Tätigkeit, zur Defension des Käufers, nicht verpflichtet, die Leistung, zu der er sich verpflichtete, bestand lediglich in der Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall, dass dem Käufer der Besitz der Sache durch Eviktion entzogen wurde. Verfallsbedingung für die actio ex stipulatu war somit, dass der Käufer auf Grund des Urteils die Sache herausgegeben oder, was dem gleichstand, die Litisästimation bezahlt hatte[3]). Folglich haftete der Verkäufer nicht, wenn die Sache vor Herausgabe untergegangen war[4]). Auf Grund der actio auctoritatis haftete dagegen der Verkäufer ohne weiteres, falls in dem

[1]) Rabel, S. 59.

[2]) Ueber die stipulatio habere licere vgl. die ausführliche Darstellung bei Rabel S. 30ff.

[3]) Bechmann I S. 376; Rabel S. 72; D. 19, 1, 57.

[4]) D. 19, 1, 21. pr.

Eviktionsprozesse ein dem Käufer ungünstiges Urteil erging[1]. Eine Besitzentziehung war hier nicht notwendig. Da bei der Stipulation die Höhe der Konventionalstrafe im Belieben der Parteien stand, so war der Betrag des Doppelten bei ihr nicht unabänderlich[2]). Nicht so bei der actio auctoritatis, bei der die Nichtleistung der geschuldeten Defension nie eine andere Strafe als die des Doppelten nach sich zog[3]).

Als der Prätor später die actio empti zwecks Erzwingung der Vornahme der stipulatio duplae gewährte und zwar aus jedem Kaufe, mochte er eine res mancipi oder nec mancipi zum Gegenstande haben, verlor gegenüber der Stipulationshaftung die Auktoritätshaftung aus der Manzipation an Bedeutung, dies umsomehr, da die actio ex stipulatu nicht wie die actio auctoritatis den Verkäufer nur für den Fall einer erfolgreichen rei vindicatio verpflichtete, sondern auch für den Fall, dass dem Käufer infolge eines beschränkten dinglichen Rechtes die Sache evinziert wurde[4]). Fast unpraktisch musste die actio auctoritatis werden, als die actio empti sich zur unmittelbaren Regressklage des wegen des Rechtsmangels des Verkäufers Eviktion erleidenden Käufers ausbildete. Der Käufer einer res mancipi brauchte jetzt nicht mehr die formelle Manzipation abzuwarten, um den Verkäufer wegen Rechtsansprüche Dritter auf die Kaufsache haftbar zu machen. Dieser haftete ihm ja bereits, falls ihm die Sache nur formlos tradiert worden war.

Formell verschwand die actio auctoritatis, als Justinian den Unterschied zwischen res mancipi und res nec mancipi aufhob. Damit waren also grundsätzlich Grundstücke und bewegliche Sachen hinsichtlich der Gewährschaftspflicht des Verkäufers gleichgestellt. Aber auch in Einzelheiten finden

[1]) Bechmann I S. 378.

[2]) Bechmann I S. 381. Varro de re rustica II, 10,5.

[3]) Bechmann I S. 122.

[4]) Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtsw. S. 140 Anm. 1. Paul, Sent. II, 17,1; a. M. Rabel, S. 4 Anm. 1.

sich in den Justinianischen Rechtsbüchern keine Verschiedenheiten zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

II. Das älteste deutsche Recht.

Die Gewährschaftspflicht des Verkäufers ist im deutschen Rechte ebenso alt wie das Institut des Kaufs selbst, der Verkäufer hatte dem Käufer stets dafür einzustehen, dass nicht ein Dritter auf dem Wege Rechtens dessen Eigentum oder Besitzrecht angreife. Da im ältesten Rechte der Grund und Boden unveräusserlich war, eine Veräusserung es nur an Fahrnis gab, so muss die Währschaftspflicht hier zuerst praktisch geworden sein. Ein Beweis hierfür ist die lex Salica, welcher sowohl der Immobilienkauf als auch die Eviktion von Grundstücken nicht bekannt sind, welche dagegen wohl Regeln über die Eviktion von Mobilien und über deren Rechtsfolgen für den Verkäufer von Mobilien enthält[1]).

Von den übrigen Volksrechten, welche älteren Ursprungs als die lex Salica sind, kennen diejenigen bereits den Grundstückskauf und die Gewährschaftspflicht des Verkäufers eines solchen, die unter Einfluss des römischen Rechts entstanden sind, wie das westgotische Recht[2]). Die rein germanischen Volksrechte, in denen derartige Regeln sich finden[3]), sind dagegen sämtlich jüngeren Datums als die lex Salica.

Die deutschrechtliche Gewährpflicht des Verkäufers hat ihre Wurzeln in dem dinglichen Prozesse[4]). Wurde dem Käufer die Sache von einem Dritten abgestritten, so lag es im Interesse seiner Verteidigung, wenn er innerhalb einer bestimmten Frist seinen Gewährsmann vor Gericht brachte[5]). Denn falls dieser zur rechten Zeit unter Einräumung seiner

---

[1]) Lex Salica 47.

[2]) Lex Visig V. 4 c. 8, vgl. auch lex Baiu v. XVI, 12, die ihrer Redaktion nach zwar jünger als die lex Salica ist, jedoch inhaltlich Entlehnungen aus dem Westgotenrecht enthielt.

[3]) Lex Ribuaria 59,6.

[4]) Rabel S. 163ff.

[5]) Lex Bai. IX, 7 (M. G. XV Ll. III p. 264).

Auktoreigenschaft den Prozess übernahm, so wurde der verklagte Käufer dem Kläger gegenüber frei. Zu dieser Prozessübernahme, der Leistung der Währschaft, war jeder Verkäufer seinem Käufer gegenüber verpflichtet[1]. In der blossen Prozessübernahme erschöpfte sich jedoch die vom Verkäufer kraft Gesetzes geschuldete Gewährleistung nicht. Er musste ferner den übernommenen Prozess siegreich durchführen und auf diese Weise den Käufer im Besitze der Sache erhalten[2]. Nichterfüllung dieser Pflicht war der Gewährbruch und hatte zur Folge, dass der Verkäufer dem Käufer Schadloshaltung schuldete. Notwendige Voraussetzung dafür, dass es zur Währschaftsleistung durch den Verkäufer kam, war somit ein Prozess gegen den Käufer, durch den diesem der Besitz der gekauften Sache streitig gemacht wurde[3], und die Benennung des Auktors durch den Beklagten. Der Käufer musste seinem Verkäufer Gelegenheit geben, ihm die verkaufte Sache zu verteidigen.

Für die Darlegung der Unterschiede zwischen Mobiliar- und Immobiliarkauf, ist die prozessuale und die materielle Seite der Gewährschaftsleistung auseinander zu halten: Die Defension und die Folgen des Gewährbruchs. Was die prozessuale Seite anlangt, so ergeben sich von selbst Unterschiede daraus, dass das gerichtliche Verfahren um Liegenschaften sich nach andern Regeln vollzog als das um fahrende Habe. Aber nicht nur der Gang des Verfahrens, sondern auch die Voraussetzungen dafür, dass es überhaupt zum Prozesse kommen konnte, m. a. W. die Ansprüche, deren Abwehr dem Verkäufer obliegen konnte, waren bei beweglichen Sachen andere als bei Grundstücken. Das Verfahren gegen den unrechtmässigen Besitzer einer beweglichen Sache war das sog. Anefangsverfahren[4], das gegen einen derartigen Besitzer

---

[1]) Form. zu Ed. Roth. 234, Langobardus semper dat auctorem. Lex Ribuaria 59,6.

[2]) Löning, Vertragsbruch S. 193.

[3]) Rabel, S. 183f., Schröder, D. R. G. S. 376.

[4]) Im ostgermanischen Rechte bestand ausserdem noch ein für Grundstücke und für Fahrnis in gleicher Weise geltendes besonderes

eines Grundstücks der Immobiliarprozess. Die Anefangsklage stand demjenigen zu, der eine bewegliche Sache aus seiner Gewere durch Diebstahl oder Raub verloren hatte[1]), die Klage im Immobiliarprozess ursprünglich demjenigen, dem sein Land rechtswidrig weggenommen worden war, später jedem, dem ein Grundstück rechtswidrig vorenthalten wurde, vor allem also dem Eigentümer gegen den ohne Grund besitzenden Nichteigentümer[2]). Die Anefangsklage war somit nur auf eine begrenzte Anzahl von Fällen unrechtmässigen Besitzes beschränkt: sie griff insbesondre dann nicht Platz, wenn jemand eine geliehene oder sonstwie anvertraute Sache von dem Entleiher erworben hatte[3]). Hieraus folgt, dass auch die Anzahl der Fälle, in denen der Käufer beweglicher Sachen Eviktion zu befürchten hatte, weit geringer war, als die Anzahl dieser Fälle bei Grundstücken. Bei einer beweglichen Sache drohte dem Käufer nur die Gefahr der Entwehrung, wenn sie einem Dritten von dem Verkäufer oder einem seiner Vormänner gestohlen oder geraubt worden war, bei Grundstücken dagegen stets, wenn der Verkäufer infolge des Rechts eines andern am Grundstücke zur Verschaffung freien Eigentums ausserstande gewesen war.

Ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen bestand ferner hinsichtlich des Gerichts, bei dem der Verkäufer seiner Defensionspflicht zu genügen

---

Verfahren, bei dem es gleichfalls zur Benennung des Gewähren kam und dieser durch feierliche Wiederholung der Tradition und Leistung des sog. Firmationseides dem Käufer die Sache erhielt und zwar auch dann, wenn er in dem übernommenen Prozess nicht obsiegte. Brunner D.R.G. II. S. 511, 517, H. Meyer S. 38 ff., Rabel S. 173, der dies Verfahren auf bewegliche Sachen beschränkt wissen will, jedoch wohl mit Unrecht mit Rücksicht auf lex Baiuv. XVI 12 (terra.)

[1]) H. Meyer, Entwerung und Eigentum S. 27 ff., Brunner II., S. 507, Gierke, D.P.R. II. S. 524 f., Stobbe-Lehmann II. S. 252 ff,

[2]) Brunner, II. S. 512., Schröder S. 379.

[3]) Brunner II, S. 510. Das hiervon das Westgotenrecht in lex Visig. 74,8 eine Ausnahme machte, indem es jede inlicita venditio als ausreichende Klagevoraussetzung ansah, wie Brunner (II S. 510) annimmt, hat H. Meyer in überzeugender Weise widerlegt (S. 36 ff.)

hatte. Bei Liegenschaften hatte der Verkäufer auf die mannitio des Käufers hin zu dem festgesetzten Termin vor dem Eviktionsgericht zu erscheinen[1]), bei beweglichen Sachen hatten dagegen Kläger und Besitzer sich zu dem Gerichte des Gewähren, des Verkäufers, zu begeben, damit dieser den begonnenen Prozess daselbst fortsetze. Diese Verschiedenheit bestand jedoch nur bei den Longobarden und Sachsen, in ältester Zeit wahrscheinlich auch bei den Angelsachsen[2]). Nach fränkischen, oberdeutschen, westgotischen und burgundischen Rechte war es im Anefangsverfahren ebenso wie im Immobiliarprozess, dass der Verkäufer bei dem Gerichte des Eviktionsprozesses seine Gewährschaft zu leisten hatte[3]).

Die Uebernahme des Prozesses durch den Verkäufer konnte im Anefangsverfahren nur erfolgen, wenn diesem die streitige Fahrhabe wieder zurückgegeben wurde[4]), Beklagter sollte nur der Besitzer sein. Bei Liegenschaften war die Rückgabe der Sache nicht nach allen Rechten Bedingung für den Eintritt des auctor in den Prozess. Wo sie erforderlich war, geschah sie durch Uebertraguug der Gewere des Gutes[5]).

Fraglich ist es, ob der Verkäufer bei Empfang der Sache dem Käufer den Kaufpreis zur Sicherstellung zurückzuerstatten hatte. Für den Immobiliarprozess ist dies sicherlich nicht anzunehmen[6]). Aber auch bei Mobilien, für die das langobardische Recht anscheinend jene Frage bejaht, wurde die endgültige Rückzahlung erst bei Gewährbruch geschuldet[7]).

Für den Immobiliarprozess bildeten sich bestimmte Fälle aus, in denen die Stellung des Auktors nicht mehr der einzige Weg zu wirksamer Verteidigung blieb, in denen der Beklagte auch selber sein Recht zum Besitze durch Eid

---

[1]) Brunner, II S. 515. Schröder S. 374 ff.
[2]) ebenso bei den Schweden v. Amira Nordg. Oblg. R. I. S, 559.
[3]) Brunner, II S. 502. Lex Sal. 47,1. Lex. Rib. 33,1.
[4]) Brunner, II S. 504. Gierke II S, 556 Anm. 17.
[5]) Brunner, II. 8. 516. Schröder S. 378.
[6]) Rabel. S. 172. lex Baiuv. XVI, 12.
[7]) Brunner, II S. 505, 516. Schröder S. 375. 378.

oder Zweikampf verteidigen konnte. Diese Fälle waren dreissigjähriger Besitz nach fränkischem, westgotischem, burgundischem Rechte, fünfjähriger Besitz nach langobardischem Rechte, und Erwerb des Gutes durch Erbgang[1]). Hier liegt die Frage nahe, ob nicht unter obigen Voraussetzungen die Defensionspflicht des Verkäufers dem Käufer bezw. seinen Erben gegenüber als unnötig fortfiel. Positive Bestimmungen dieses Inhalts gibt es nicht, vermuten könnte man es, da sich im schwedischen Rechte eine derartige Bestimmung findet. Dort konnte der Verkäufer für hemuld, d. h. Leistung der Währschaft, dann nicht mehr haftbar gemacht werden, wenn der Käufer oder sein Erbe ihr Besitzrecht selbständig verteidigen konnten[2]).

Der Tatbestand des Gewährbruchs, der Voraussetzung dafür, dass es zur Leistung der materiellen Gewährschaft kommen konnte, war bei beweglichen und unbeweglichen Sachen derselbe. Der Gewährbruch äusserte sich entweder als Ausbleiben des Gewähren an dem festgesetzten Termine, als Weigerung der Prozessübernahme oder als Verurteilung des Gewähren im Prozesse[3]).

Den Bruch der Gewährschaft hatte der Verkäufer gegen seinen Käufer zu sühnen. Sowohl für bewegliche Sachen als auch für Liegenschaften bestimmte sich die geschuldete Sühne zunächst nach dem Strafgedinge, das bei Abschluss des Kaufs für den Gewährbruch vereinbart worden war. War ein solches nicht verabredet worden, so bestimmte das Volksrecht die eintretenden Rechtsfolgen[4]).

Obwohl die diesbezüglichen Bestimmungen der Volksrechte für bewegliche Sachen und für Grundstücke gesondert getroffen werden[5]), so ist doch ihr Inhalt bei

---

[1]) Brunnner, II. S. 517. Schröder, S. 371.

[2]) v. Amira I S. 564.

[3]) Brunner, II S. 506, 516, Löning, S. 104f.

[4]) Brunner, II S. 506.

[5]) Für bewegliche Sachen: lex Salica 47 § 2; lex Ribuaria 33 § 2 (M. G. V. Ll. p. 226) für Grundstücke: lex Ribuaria 59 § 6.

beiden der gleiche: Die Pflicht des Verkäufers einer Mobilie oder Immobilie ging im Falle des Gewährbruchs auf Rückerstattung des Kaufpreises und Zahlung einer (regelmässig nicht genauer fixierten) gesetzlichen Busse[1]). Später wurde ganz allgemein als Folge des Gewährbruchs die poena dupli üblich, die in der verschiedensten Gestalt auftrat[2]). Bei Grundstücken ging sie nicht selten auf Rückgabe des Kaufpreises und Leistung eines dem evinzierten gleichwertigen neuen Grundstücks[3]).

Einen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien hinsichtlich der Folgen des Gewährbruchs finden wir im langobardischen Rechte. Dieses hat dieselben für Grundstücke im Anschluss an römisches Recht normiert, während es bei beweglichen Sachen rein deutsches Recht enthält. Nach den langobardischen Rechtsbüchern war nämlich der Verkäufer einer Liegenschaft bei Eviktion dem Käufer ausser zur Erstattung des Preises zum Ersatz des denselben übersteigenden Interesses verpflichtet, den Verkäufer einer Mobilie traf hingegen im Falle des Gewährbruchs ohne Rücksicht auf den dem Käufer erwachsenen Schaden die poena dupli[4]).

Eine verschiedene Behandlung von beweglichen und unbeweglichen Sachen in Ansehung der dem Käufer vom Verkäufer geschuldeten Busse zeigt übrigens auch das nordgermanische Recht. So war nach schwedischem Rechte die Busse bei dem Fahrniskaufe weit niedriger als die beim Landkaufe; sie betrug in Westgötaland bei beweglichen Sachen dreimal sechzehn Ortug, bei Grundstücken galt die Dreimalneunmarkbusse[5]). Nach dänischem Rechte schuldete der Verkäufer einer beweglichen Sache Busse in Geld, der eines Grundstücks musste ein anderes gleich gutes leisten[6]). Nach isländischem Rechte war eine Besonderheit für Grund-

[1]) Löning, S. 103ff., Rabel S. 288ff.
[2]) Löning, S. 112.
[3]) Lex Baiuv. XVI § 12 (M. G XV., Ll. III p. 323s).
[4]) Löning, S. 119, 120, Rabel, S. 293.
[5]) v. Amira I S. 562.
[6]) Kolderup-Rosenvinge, dänische Rechtsgesch. S. 100.

stücke, dass der vertragsbrüchige Verkäufer auf dem abgeklagten Grundstücke vor dessen Räumung durch den Käufer diesem den Kaufpreis zurückzuzahlen hatte. Nach norwegischem Rechte galt bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen das Prinzip, dass bei Eviktion der Verkäufer ein Ersatzgrundstück bezw. eine Sache von gleicher Güte zu liefern hatte. Wahlweise konnte aber der Käufer auch eine Busse in Geld fordern, die bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen verschieden war (bei ersteren 6 Unzen, bei letzteren $12^1/_2{}^0/_0$ des Kaufpreises)[1].

III. Das Recht des Mittelalters.

Die Regelung der Gewährpflicht durch das Recht des Mittelalters, wie sie in den deutschen Rechtsbüchern sich aufgezeichnet findet, beruht auf denselben Prinzipien wie die durch die Volksrechte. Die Leistung der Gewährschaft schliesst sich immer noch auf das engste an den Prozess an. Die Gewährpflicht stellt sich dar als die Verpflichtung, den um die verkaufte Sache verklagten Käufer vor Gericht erfolgreich zu vertreten[2] und im Falle des Gewährbruches, der in dieser Periode den gleichen Inhalt wie in der fränkischen Zeit hat, schadlos zu halten[3].

In Einzelheiten weist sowohl das prozessuale wie das materielle Element der Gewährschaft Abweichungen gegenüber der vorigen Periode auf. Auch was Verschiedenheiten zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen betrifft, sind für das mittelalterliche Recht Aenderungen gegenüber dem Rechte der fränkischen Zeit zu verzeichnen. In prozessualer Hinsicht ist zwischen Fahrnis und Liegenschaften deswegen zu unterscheiden, weil Mobilar- und Immobilarprozess immer noch zwei von einander getrennte Verfahrensarten bilden.

Die Zahl der Eviktionsfälle, denen der Käufer einer beweglichen Sache eventuell ausgesetzt war, erweiterte sich

---

[1] v. Amira II S. 593f.
[2] Ssp. III 4 § 2.
[3] Löning, S. 442, 444, Ssp. I 9 § 5.

allmählich in dieser Periode. Nicht allein demjenigen, dem eine Sache gestohlen oder geraubt worden war, sondern jedem, dem die Sache ohne seinen Willen aus seinem Gewahrsam gekommen war, stand jetzt eine Klage auf Herausgabe gegen den jeweiligen Besitzer zu[1]). Der Grundsatz: „Hand muss Hand wahren“ fand in seiner Umkehrung strikte Anwendung[2]). Als unfreiwillig verlorene Sachen galten nach manchen Rechten auch die sog. abgetragenen Sachen d. h. die von Familienmitgliedern oder Gesinde veräusserten Sachen[3]), ferner die von Handwerkern veräusserten Sachen, die diesen zur Bearbeitung übergeben worden waren[4]). Bei über See eingeführten Waren wurde dagegen, selbst wenn sie gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen waren, die Anefangsklage versagt[5]). Der Käufer eines Grundstücks war stets dann mit der Eviktion bedroht, wenn der Verkäufer oder einer seiner Vormänner einem Dritten gegenüber zur Veräusserung des Grundstücks nicht befugt waren[6]).

Die Stellung des Gewähren war im Mobilarprozesse, mochte er durch Anefang oder schlichte Klage eingeleitet worden sein, für den beklagten Käufer, der sich auf derivativen Rechtserwerb stützte, die einzige Möglichkeit, seine Verurteilung abzuwenden[7]); im Immobiliarprozess dagegen gewährte sie in dieser Periode an sich nur einen Beweisvorteil für ihn. Falls nämlich der Auktor nicht erschien oder die Uebernahme der Gewährschaft ablehnte, so hatte dies im Immobiliarprozesse nicht die Verurteilung des Beklagten zur Folge, sondern dieser verlor nur das Recht, die Unrichtigkeit der klägerischen Behauptung zu beweisen, und der Kläger gelangte nunmehr zum Beweise, der aller-

[1]) Laband, Vermögensr. Klagen, S. 68ff.

[2]) Darüber wie sich aus dem dieblichen Verlust der Sache der „Verlust wider Willen“ zum Anefangsgrund entwickelte, vgl. H. Meyer, S. 48ff.

[3]) H. Meyer, S. 57ff.

[4]) H. Meyer, S. 76ff.

[5]) H. Meyer, 141ff.

[6]) Laband, a. a. O. S. 259ff.

[7]) Laband, S. 125 Ssp. II 36 § 5, 6.

dings nur aus einem wenig umständlichen Legitimationsbeweis bestand[1]. Nichtsdestoweniger bestand die Pflicht zur Gewährschaft für den Immobiliarverkäufer in gleicher Weise wie für den Mobiliarverkäufer.

Ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in Ansehung des Gerichts, bei dem der Verkäufer Gewährschaft zu leisten hatte, war auch im Mittelalter nach manchen Rechten vorhanden. So brauchte nach dem Rechte des Sachsenspiegels und im ganzen Gebiete des Magdeburgischen Rechts der Verkäufer von Fahrnis nur bei seinem eigenen Gerichte der Gewährpflicht nachzukommen. Kläger und Käufer hatten ihm dorthin zu folgen und daselbst den Prozess fortzusetzen[2]. Im Liegenschaftsprozess blieb dagegen das Gericht des Eviktionsprozesses, das forum rei sitae, bis zur endgültigen Entscheidung der Sache zuständig; der Verkäufer hatte auf die Ladung hin dort zu erscheinen[3]. Ausserhalb des oben erwähnten Rechtsgebietes galt für bewegliche Sachen der gleiche Grundsatz wie für Grundstücke, dass das ursprüngliche Gericht seine Zuständigkeit bis zur Beendigung des Prozesses behalte[4].

Eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen brachte in dieser Periode das Institut der rechten Gewere. Wer eine Liegenschaft Jahr und Tag[5] seit der Auflassung in unangefochtenem Besitz hatte, bedurfte zu seiner Verteidigung gegen Angriffe Dritter, die in der Lage gewesen waren, in der Zwischenzeit ihre Rechte geltend zu machen, nicht mehr der Stellung

---

[1]) Laband, S. 285, Rabel, S. 137, Planck, Gerichtsverf. I S. 547 und die bei Laband und Planck angeführten Quellen.

[2]) Laband, S. 126f. Ssp. II 26 § 5.

[3]) Laband, S. 286.

[4]) Laband, S. 127.

[5]) Die Frist von Jahr und Tag wurde nach manchen Rechten späterhin verlängert (für Landgüter galt nicht selten der dreifache Termin, Prager Rechtsbuch 145, 146; Stobbe-Lehmann, S. 215), nach andern Rechten auch verkürzt (so galt in süddeutschen Städten fast überall die Frist von 6 Wochen 3 Tagen: Beyerle I 1. Das Salmannenrecht S. 142 ff.)

des Gewähren, er konnte sich durch den Nachweis, dass er rechte Gewere erlangt habe, befreien[1]).

Auf diese Weise kam es, dass der Verkäufer von seinem Käufer fast nie mehr in Anspruch genommen wurde, wenn dieser rechte Gewere erworben hatte, obwohl er an sich auch jetzt noch die Leistung der Gewährschaft schuldete[2]). Dieser Zustand führte allmählich zur Bildung des Rechtssatzes, dass die Gewährpflicht des Verkäufers durch die Erlangung der rechten Gewere seitens des Käufers, regelmässig also nach Ablauf von Jahr und Tag erlösche[3]). Eine derartige zeitliche Beschränkung der Gewährschaft gab es für bewegliche Sachen nicht, da es bei ihnen an einem der rechten Gewere analogen Institut fehlte[4]). Hier bestand für den Verkäufer „ewige Schirmpflicht", er haftete „allezeit für Anefang[5])".

Die Defensionspflicht des Mobiliarverkäufers ging sogar nach späterem sächsischen Rechtsquellen[6]) auf seine rechten Erben über, während im älteren Recht sowohl beim Liegenschafts- als auch beim Fahrniskauf die Währpflicht wie alle Schulden unvererblich war[7]). Sie endete erst mit dem Untergange der Sache.

Während der Kauf einer beweglichen Sache zumeist nur mündlich geschlossen wurde, nahm man beim Grundstückskauf regelmässig eine Urkunde auf, in der die einzelnen Beredungen der Parteien aufgezeichnet wurden. Da nun das Kausalgeschäft, der Kauf, und das abstrakte Geschäft, die Uebereignung des Grundstücks, selten zeitlich weit auseinanderlagen, so wurden häufig die obligatorischen Kauf-

[1]) Heusler, Inst II S. 103 ff. Ssp. II 44 § 1, I 9 § 5, Gierke, II S. 197, Stobbe-Lehmann II 1 S. 214 ff.

[2]) Laband, S. 307, Löning, S. 443 f. Ssp. II 42, III 83 § 3.

[3]) Freiberger Stadtrecht I § 25, Goslarer Statuten (S. 26 Z. 20), Rabel, S. 190 ff.

[4]) Bis auf wenige Ausnahmen vgl. H. Meyer, S. 151 ff.

[5]) Rechtsb. nach Distinkt, IV c. 42 Dist. 24, Ssp. III 83 § 3.

[6]) Goslarer Statuten, (Göschen, S. 80) und die bei H. Meyer S. 148 angeführten Quellen.

[7]) Ueber den Grund der Unvererblichkeit vgl. Rabel, S. 189

bestimmungen in die Veräusserungsurkunde, d. i. die Urkunde, welche auf Grund der vollzogenen Auflassung an Gerichtsstelle niedergeschrieben wurde, aufgenommen[1]. und auf diese Weise die Urkunde über das obligatorische und dingliche Geschäft verbunden. Ein immer wiederkehrender obligatorischer Bestandteil der deutschen Veräusserungsurkunde bildete die sog. Gewährsklausel. Obwohl die Gewährpflicht des Verkäufers von alters her kraft Gesetzes bestand, so war doch der Fall, dass der Verkäufer dem Käufer die Gewährleistung durch Wadiation oder Eid besonders gelobte, bereits im ältesten deutschen Rechte nichts Seltenes. Im Mittelalter war dies namentlich in den Städten die Regel, und zwar pflegte es der Verkäufer in feierlicher Weise bei der Auflassung zu tun[2]. Das Versprechen des Verkäufers Gewährschaft zu leisten, wurde somit fast stets in die Veräusserungsurkunde aufgenommen[3]. Bei ausführlichen Urkunden wurde der Inhalt der Gewährpflicht auf das eingehendste normiert, insbesondere über die Höhe der Busse, die der Verkäufer dem Käufer für den Fall des Gewährbruchs schuldete, Bestimmungen getroffen[4]).

Beim Kauf beweglicher Sachen wird eine schriftliche Fixierung der Gewährpflicht wohl nur selten vorgekommen sein.

Die gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen des Gewährbruchs weist, soweit sie aus den Rechtsbüchern ersichtlich ist, keine Verschiedenheiten zwischen Mobilien und Immobilien auf.

Der Charakter der Währpflicht als Pflicht zur erfolgreichen Abwehr prozessualer Angriffe erfuhr im Mittelalter in manchen Gegenden eine Abschwächung beim Grundstückskauf. Infolge der Unsicherheit des Besitzes im Mittel-

[1]) Beyerle, I, 1. S. 121.
[2]) Rabel, S. 202 Anm. 1.
[3]) Beyerle, I, 1. S. 123 f.
[4]) Beispiele: Loersch-Schröder, I No. 139. Beyerle II: Urkunden No. 103, 223, 228, 239 u. a. m.

alter kam es nämlich nicht selten vor, dass der Verkäufer dem Käufer versprach, ihm auch gegen aussergerichtliche Angriffe auf das Grundstück womöglich mit bewaffneter Hand Beistand zu leisten[1]). Diese zunächst vertragsmässig eintretende und zumeist durch Einlagerberedung gesicherte Verpflichtung wurde in einigen Rechten zur gesetzlichen. Bei beweglichen Sachen ist es dagegen stets bei der reinen prozessualen Schirmpflicht des Verkäufers geblieben.

IV. Das Recht der Neuzeit.

(Nach der Rezeption.)

1) Vor den Kodifikationen.

Die Aufnahme der fremden Rechte hatte den prinzipalen Charakter der Währpflicht des Verkäufers als Defensionspflicht im Prozesse zunächst nicht zu zerstören vermocht[2]). Da aber mit der Rezeption des römisch-kanonischen Verfahrens das gerichtliche Verfahren von Grund aus umgestaltet wurde, so geschah die Defension in dieser Periode in einer von der vorigen vielfach abweichenden Weise. Wie sie vor sich ging, interessiert uns hier nicht zu wissen, da der neue Prozess ein getrenntes Verfahren für Mobilien und Immobilien nicht mehr kannte, folglich auch keine Unterschiede zwischen beiden Sacharten hinsichtlich der Defension bestanden. Was das materielle Element der Währpflicht, die Verpflichtung zur Schadloshaltung bei Gewährbruch, anlangt, so hat das römische Recht die ohnehin schon geringen Unterschiede zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen völlig verwischt.

Eine fundamentale Verschiedenheit zwischen Mobilien und Immobilien bildete sich zur Rezeptionszeit im Wege des Gewohnheitsrechts in Oesterreich[3]). Hier war der be-

[1]) Löning, S. 452. Rabel, S. 184 f.

[2]) Rabel, S. 215 ff.

[3]) Hierüber vergl. die ausführliche Darstellung bei Rabel, S. 202—209.

reits geschilderte Brauch, dass der Verkäufer eines Grundstücks in dem Kaufbriefe die Gewährschaftspflicht ausdrücklich übernahm, derart in Fleisch und Blut übergegangen, dass das Fehlen eines derartigen Versprechens fast immer auf besondere Intentionen der Parteien schliessen liess. Auf diese Weise bildete sich hier die Anschauung, dass beim Grundstücksverkauf die Gewährschaft vom Verkäufer nur dann geschuldet werde, wenn er bei Abschluss des Kaufes eine besondere „Schirmverschreibung" eingegangen war, dass kraft Gesetzes eine Verpflichtung zur Gewährleistung nicht bestehe.

Diese Anschauung setzte sich sowohl in der juristischen Doktrin als auch in der Praxis Oesterreichs fest. Gesetzliche Sanktion sollte sie erhalten durch die in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts verfasste Landesordnung. Diese ist jedoch nur Entwurf geblieben. Bei beweglichen Sachen ist das Erfordernis der Schirmverschreibung niemals aufgekommen; es ist hier stets bei der gesetzlichen Schirmpflicht geblieben.

2. Die Kodifikationen.

A. Das preussische Landrecht macht im Prinzip keine Scheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, weder dort, wo es die Gewährleistung im allgemeinen behandelt (A.L.R. Teil I Tit. 5 §§ 323 ff.), noch in ihrer speziellen Behandlung beim Kaufe (A.L.R. Tl. I. Tit. 11 §§ 135—191, 198). Dass die Vorschriften über die Gewährleistung, soweit sie sich auf die Haftung für die Freiheit der Kaufsache von „Lasten" beziehen, nur auf Grundstücke beschränkt sind[1]), liegt an der rechtlichen Verschiedenheit von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Denn bei den Lasten handelt es sich um solche Rechte Dritter, durch deren Ausübung der Besitz oder die Benutzung der Sache dem Eigentümer nicht entzogen wird. Derartige Rechte sind aber an beweglichen Sachen nicht

[1]) Förster-Eccius, Preuss. Privatr. I, S. 154.

denkbar. Die obige Verschiedenheit kommt somit der Gewährleistungspflicht an sich nicht zu.

Ein Unterschied zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken besteht aber hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche des Käufers wegen Gewährleistung. Diese verjähren nach A.L.R. I, 5 § 344 bei Landgütern innerhalb eines Jahres, bei städtischen Grundstücken innerhalb sechs Monate, bei beweglichen Sachen bereits innerhalb dreier Monate nach der von dem Rechtsmangel erlangten Kenntnis. Diese Verjährung kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn Gewähr gefordert wird wegen solcher Rechte Dritter, die die verkaufte Sache zu einer fehlerhaften machen. Bei beweglichen Sachen gilt der § 344 somit nur, wenn Teileviktion vorliegt und infolgedessen Fehlerhaftigkeit des nicht evinzierten Teiles behauptet wird, bei Grundstücken auch beim Vorliegen von Lasten, d. h. Rechten, die garnicht auf die Entziehung gerichtet sind. Nicht aber erleidet der § 344 Anwendung, wenn die verkaufte Sache dem Käufer total entzogen, oder zwar nur zum Teil evinziert wird, der Käufer aber nur auf die Eviktion, nicht auf die Fehlerhaftigkeit des Reststücks seine Klage stützt[1]). Hier gilt für bewegliche Sachen und für Grundstücke gleichmässig die gewöhnliche Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Käufers.

B. Die einzige Verschiedenheit, die das oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch inbetreff der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers kennt, bezieht sich ebenfalls auf die Verjährung der Ansprüche des Käufers. Diese dauert nach § 933 bei unbeweglichen Sachen drei Jahre, bei beweglichen Sachen sechs Monate.

C. Der Code civil weist keine Verschiedenheiten zwischen Mobilien und Immobilien auf. Die Artikel 1634 und 1635, welche die Pflicht des Verkäufers zum Ersatze von Verwendungen, die der Käufer auf die evinzierte Sache

[1]) Ob. Tribunal-Entsch. Bd. 15, S. 16.

gemacht hat, regeln, sprechen allerdings nur von Grundstücken. Es geschieht dies jedoch exemplikativ; sie gelten in gleicher Weise für bewegliche Sachen[1]).

C. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Die Besonderheiten der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers von beweglichen Sachen und Rechten an solchen, die zum Besitz berechtigen.

I. Im Entwurf I. Lesung.

Der § 374 Satz 2 des Entwurfes I. Lesung stellt für den Schadenersatzanspruch und das Rücktrittsrecht, welche dem Käufer nach den allgemeinen Bestimmungen bei Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht gegen den Verkäufer zustehen, für den Fall, dass der dingliche Vertrag bereits vollzogen ist, als Bedingung auf, dass das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist. Solange dies noch nicht geschehen ist, sind jene Rechte des Käufers in ihrer Entstehung gehemmt. An sich gilt dies in gleicher Weise für Grundstücke wie für bewegliche Sachen. In Wahrheit ist aber das gemeinrechtliche Erfordernis der Entwehrung für den Schadensersatzanspruch (und das Rücktrittsrecht) des Käufers nur auf bewegliche Sachen beschränkt. Denn durch den § 378 ist der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet, die dem Eigentume des Käufers entgegenstehenden Rechte zur Löschung zu bringen. Hinsichtlich der Erfüllung dieser Verpflichtung bestehen keine Besonderheiten, der Käufer hat darum bei ihrer Nichterfüllung den Schadensersatzanspruch beim Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen ohne weiteres. Nun enthält aber die Verpflichtung zur Verschaffung lastenfreien Eigentums, wie sie für den Verkäufer nach den §§ 370, 371 besteht, auch die obige Löschungspflicht bereits in sich und mit der Löschung der dem Käufer entgegenstehenden Rechte wird regelmässig

[1]) Zachariae v. Lingenthal (Crome), Handb. des franz. Civilrechts II, S. 487.

(bis auf die Eintragung des Käufers als Eigentümer) der Eigentumsverschaffungspflicht genügt sein. Daraus folgt, dass die im § 373 Satz 2 liegende Ausnahme vom Verschaffungsprinzip auf den Immobiliarkauf in der Regel nicht Anwendung findet. Sie kommt dann zur Anwendung, wenn die Löschung nicht den mit ihr bezweckten Erfolg hat, d. h. der Käufer trotzdem das Eigentum nicht erwirbt oder die auf dem Grundstücke ruhenden Lasten nicht untergehen. Hier muss der Käufer eines Grundstücks, um Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern zu können, ebenso wie derjenige einer beweglichen Sache die Entwehrung abwarten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar das Erfordernis der Entwehrung aufgegeben, nicht aber die verschiedene Behandlung von beweglichen und unbeweglichen Sachen in Ansehung der sekundären Schadenersatzverpflichtung des Verkäufers. Bei Grundstücken und auch bei unkörperlichen Kaufgegenständen gewährt es dem Käufer nunmehr den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung seiner Forderung auf Verschaffung lastenfreien Eigentums unter den gleichen Voraussetzungen, wie wenn ihm irgend eine beliebige andere Forderung nicht erfüllt worden wäre: die allgemeinen Vorschriften finden uneingeschränkte Anwendung. Bei beweglichen Sachen stellt das B.G.B. dagegen, wenn die Sache dem Käufer bereits übergeben ist, immer noch besondere Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch des Käufers auf [nicht aber mehr für das Rücktrittsrecht]. Diese Voraussetzungen erschöpfen sich aber keineswegs in den von dem Entwurf I für den Schadensersatzanspruch und das Rücktrittsrecht des Käufers aufgestellten Voraussetzungen. Ihrer Aufstellung liegt auch ein neues Prinzip zu Grunde[1]). — Den beweglichen Sachen stellt das bürgerliche Gesetzbuch diejenigen Rechte an solchen, die zum Besitz der Sache berechtigen, gleich.

[1]) Das Eviktionsprinzip ist durchaus verlassen. vgl. Goez, die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel S. 55 ff.

II. Im Bürgerlichen Gesetzbuche.

1. Die Haftung des Verkäufers eines Grundstücks bezw. eines zum Besitz berechtigenden Rechts an einem solchen.

Die erwähnte Sonderregel für bewegliche Sachen enthält der § 440 Abs. 2–4. Im § 441 wird bestimmt, dass sie auch für den Verkauf eines Rechts an einer beweglichen Sache, das zum Besitz der Sache berechtigt, gelte. Um die Besonderheiten zu erkennen, die sich daraus für den Kauf beweglicher Sachen gegenüber dem Grundstückskauf ergeben, bezw. für den Kauf von zum Besitz berechtigenden Rechten an beweglichen Sachen gegenüber dem Kauf solcher Rechte an Grundstücken, ist zuvor zu untersuchen, wie sich unter den Verhältnissen, für die jene Ausnahmesätze bestimmt sind, die Haftung des Verkäufers eines Grundstücks bezw. eines „Besitzrechts" daran gestaltet. Dies darf natürlich nur in Kürze geschehen, nur soweit, als es zum besseren Verständnis der Abweichungen, die davon für die Haftung des Mobiliarverkäufers bestehen, notwendig ist. Nur rücksichtlich einer Streitfrage möge hierbei ein näheres Eingehen gestattet sein, da die Beantwortung derselben für die Auslegung des § 440 Absatz 2—4 von grundlegender Bedeutung ist.

Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers eines Rechts an einer Sache, das zum Besitze berechtigt, soll im folgenden nicht gesondert behandelt werden, da sie der des Verkäufers einer Sache inhaltlich vollkommen entspricht[1]) und zwar auch im Verhältnis zu der bei beiden Kaufgegenständen in gleicher Weise bestehenden Besitzverschaffungspflicht des Verkäufers (§ 436). Das, was über den Kauf einer beweglichen Sache gesagt werden wird, gilt somit in entsprechender Anwendung auch für den Kauf eines „Besitzrechts" an einer beweglichen Sache, und das über den Kauf eines Grundstücks zu sagende auch für den eines Besitzrechts daran.

[1]) Abgesehen von der nach § 437 Abs. 1 bestehenden Haftung für ursprüngliche objektive Unmöglichkeit.

Im § 440 Abs. 2—4 handelt es sich, wie bereits hervorgehoben, um die Ansprüche auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung die dem Käufer nach der Uebergabe der Kaufsache zustehen, falls der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Verschaffung lastenfreien Eigentums (§ 433, 434) nicht genügt hat. Hinsichtlich der übrigen Rechtsmittel, die der Verkäufer wegen Nichterfüllung jener Pflicht gegen den Verkäufer hat (Klage auf Erfüllung, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Anspruch auf Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung, Rücktrittsrecht, Preisminderungsrecht), bestehen keine Unterschiede zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Ebenso sind, solange die Uebergabe der Sache noch nicht erfolgt ist, Grundstücke und bewegliche Sachen vollständig gleichgestellt.

Unter der Uebergabe, ohne welche die Besonderheiten für bewegliche Sachen nicht eintreten, ist die körperliche Uebergabe des § 929 (einschliesslich der brevi manu traditio) zu verstehen, nicht auch deren Surrogate (Besitzkonstitut § 930, Vindikationszession § 931). Die Tatsache, dass die Uebergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt sein muss, ist zum Vergleiche nicht heranzuziehen, da die Uebergabe bei Grundstücken nie Uebereignungsfaktor sein kann. Endlich ist noch zu erwähnen, dass die Besonderheiten für bewegliche Sachen nur betreffs solcher Fremdrechte gelten, die zum Besitze der Sache berechtigen. Vergleichsweise kommt somit insbesondere ausser dem Eigentum der Niessbrauch in Betracht.

Die Rechtslage, bei der der § 440 Abs. 2—4 zur Anwendung gelangt, ist demnach so, dass der Verkäufer seine Verpflichtung zur Übergabe der Sache bereits erfüllt hat, nicht aber die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums bezw. zur Verschaffung des Eigentums frei von Rechten Dritter.

Die Verpflichtung zur Uebergabe und die zur Verschaffung freien Eigentums bilden nicht zwei getrennte selbständige Verpflichtungen. Denn Besitz- und Eigentumsverschaffung dienen dem gleichen Zwecke, dem Käufer das dauernde Haben der Sache zu sichern[1]), sie sind darum in

[1]) Landsberg I, S. 418.

letzter Linie Erfüllungshandlungen einer einzigen Verpflichtung des Verkäufers, jene Einzelpflichten sind nur Bestandteile dieser Verpflichtung. Daraus folgt, dass die Uebergabe ohne die Verschaffung des Eigentums keine vollständige Erfüllung ist[1]).

Fraglich ist, ob darin überhaupt keine Erfüllung zu erblicken ist, oder ob teilweise Erfüllung im Sinne des B.G.B. vorliegt. Denn je nachdem totale oder partielle Nichterfüllung auf Seiten des Verkäufers vorliegt, bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln die Rechte des Käufers verschieden. Ohne Zweifel ist dafür, dass teilweise Erfüllung denkbar ist, nicht notwendig, dass die geschuldete Leistung teilbar im Rechtssinne ist (§ 420)[2]). Auch die mangelhafte Leistung, die qualitativ unvollständige Leistung, kann teilweise Erfüllung sein. Nur darf das, worin die teilweise Erfüllung besteht, nichts „aliud" sein gegenüber der vollständigen Erfüllung. Die teilweise Erfüllung muss an sich fähig sein, durch Beseitigung des Mangels in eine vollständige sich zu verwandeln.

Nach alledem stellt sich die Uebergabe ohne Verschaffung des Eigentums nicht als gänzliche Nichterfüllung, sondern als teilweise Erfüllung dar. Namentlich zeigt sich dies beim Grundstückskauf. Denn hier fallen Besitz- und Eigentumsübertragung notwendig auseinander. Ist das Grundstück übergeben worden, aber die Auflassung und Eintragung noch nicht vorgenommen worden, so hat der Verkäufer zu erfüllen begonnen, die Vollendung der Erfüllung steht noch aus. Es wäre widersinnig zu sagen, er habe überhaupt noch nicht erfüllt. Beim Kauf beweglicher Sachen ist regelmässig die Uebergabe auch Faktor der Eigentumsübertragung, aber nicht notwendig. Sie ist es dann nicht, wenn der Verkäufer nicht Eigentümer ist und wegen mangelnden guten Glaubens auf Seiten des Käufers oder, weil die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist, keine Verfügungsmacht be-

---

[1]) Schöller bei Gruchot 45. S. 545.

[2]) Schöller, a. a. O. S. 531; a. M. Cosack I. S. 343.

sitzt. Hier hat die Verschaffung des Eigentums ausser der Uebergabe zu erfolgen. Die Uebergabe ist hier Beginn der Erfüllung, diese wird vollendet durch Bewirkung der Eigentumsverschaffung. Ein Beweis dafür, dass auch das Gesetz die Eigentumsverschaffung als teilweise Erfüllung auffasst, ist die Möglichkeit des Ausschlusses der Gewährleistungspflicht (§ 443).

Teilweise Erfüllung ist nach vorstehendem erst recht dann anzunehmen, wenn der Verkäufer zwar Eigentum und Besitz verschafft hat, letzteres aber nicht frei von Rechten Dritter.

Die Meinung, dass Uebergabe ohne Eigentumsverschaffung teilweise Erfüllung ist, wird insbesondere vertreten von Dernburg[1]), Planck[2]), Schöller[3]), Hruza[4]) und Kipp[5]). Der entgegengesetzten Meinung, dass darin totale Nichterfüllung liegt, sind hauptsächlich Cosack[6]), Endemann[7]) und Titze[8]). Cosack begründet seine Behauptung rechtlich nicht näher, Endemann will die Unrichtigkeit der hier vertretenen Ansicht daraus insbesondere schliessen, dass sie der Ordnung der Gefahrtragung widerspreche. Ein derartiger Widerspruch ist aber garnicht vorhanden. In dem von Endemann angeführten Beispiel handelt es sich um ein verkauftes Grundstück, das bereits übergeben ist, vor der Uebereignung aber durch Zufall untergeht. Da hier die Erfüllung des Verkäufers durch Zufall teilweise unmöglich wird, will Endemann für den Fall, dass man unsern Standpunkt vertritt, nach § 323 Abs. 1 S. 2 Minderung des Kaufpreises angewandt wissen. Zur Minderung des Kaufpreises kommt es jedoch nur, wenn

---

[1]) Dernburg, Bürg. R. II, 2 S. 42.
[2]) Planck, II § 440 A. 4 II.
[3]) Schöller in Gruchot 46. S. 8. A. 6.
[4]) Hruza im Sächs. Archiv. 1895. S. 211.
[5]) Windscheid-Kipp, II. S. 635.
[6]) Cosack I. S. 425.
[7]) Endemann, I S. 962.
[8]) Titze, Unmöglichkeit der Leistung. S. 44 f.

die teilweise Erfüllung einen geringeren Wert, hat als die vollständige gehabt hätte. Dies ist hier nicht der Fall. Denn wäre der Käufer Eigentümer geworden, so wäre er ebenfalls nur im Genusse des Grundstücks bis zu dessen Untergange geblieben. Der Mangel des Eigentums hat somit auf den Gebrauchs-Wert, den das Grundstück für den Käufer hatte, keinen Einfluss gehabt[1]); dieser hat folglich trotz des Untergangs des Grundstücks und der dadurch herbeigeführten Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung an sich den vollen Kaufpreis zu zahlen, m. a. W. er trägt wie auch sonst die Gefahr[2]).

Nach Titze ist Uebergabe ohne Eigentumsverschaffung deswegen totale Nichterfüllung, weil jede der beiden dem Verkäufer obliegenden Pflichten „wesentlicher Natur" sei. Die Wesentlichkeit der ausgebliebenen Teilleistung ist jedoch nicht für die Frage entscheidend, ob dasjenige, was der Schuldner zwecks Erfüllung getan hat, als teilweise oder totale Nichterfüllung anzusehen ist. Hierfür ist lediglich massgebend der Umstand, ob es an sich möglich ist, das, was der Leistung des Schuldners zur vollständigen Erfüllung fehlt, noch nachträglich zu bewirken, und ob die auf diese Weise in zwei Abschnitten vollzogene Erfüllung bis auf die Verspätung dieselbe ist, als wenn sie durch einmalige Tätigkeit des Schuldners vollzogen worden wäre.

Wenden wir uns auf Grund dieser einleitenden Erörterungen der Beantwortung unserer Frage zu, wann der Käufer eines Grundstücks, dem dieses bereits übergeben worden ist, wegen Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht

[1]) „Die Haftung für Mängel im Rechte hat als solche mit dem Gefahrübergang nichts zu tun." (Cosack I. S. 426.)

[2]) Zur Preisminderung würde es allerdings kommen, wenn infolge des Rechtsmangels die Absatzfähigkeit des Grundstücks, sein Tauschwert, herabgesetzt worden wäre. Jedoch ist unter der zufälligen Verschlechterung, deren Gefahr der Käufer nach der Uebergabe zu tragen hat, lediglich die Herabsetzung des Gebrauchswerts der Sache zu verstehen. Die Preisminderung wegen Verminderung des Tauschwerts der Sache enthält somit keinen Widerspruch gegen die Regelung der Gefahrtragung.

Schadensersatz verlangen kann. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist dem Käufer nach den allgemeinen Bestimmungen, auf die durch den § 440 Abs. 1 verwiesen wird, in folgenden Fällen gegeben:

1) wenn der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung oder zur Beseitigung der auf dem Grundstücke ruhenden Lasten rechtskräftig verurteilt worden ist und die ihm vom Käufer gesetzte Frist abgelaufen ist, § 325 Abs. 2. (§ 283.),

2) wenn der Verkäufer sich im Erfüllungsverzuge befindet[1]) und entweder

a) die nachträgliche Erfüllung (Eigentumsverschaffung oder Lastenbeseitigung) für den Käufer kein Interesse mehr hat

b) oder die dem Verkäufer vom Käufer gesetzte Frist abgelaufen ist, § 326,

3) wenn dem Verkäufer die Verschaffung des Eigentums oder die Wegschaffung der Lasten nach Abschluss des Kaufvertrages infolge eines Umstandes, der auf seinem Verschulden beruht,[2]) subjektiv (§ 275) oder objektiv unmöglich wird (§ 325 Abs. 1).

Da die Nichterfüllung des Verkäufers, wie wir gezeigt haben, nur eine partielle ist, kann der Käufer grundsätzlich auch nur Ersatz des Schadens verlangen, den er durch das Unterbleiben der Eigentumsverschaffung (Lastenbeseitigung) erlitten hat. Er darf folglich die Erfüllung, soweit sie auf die Uebergabe gerichtet war, nicht nunmehr wieder zurückweisen, sondern muss das, was er dadurch erlangt hat, bei der Berechnung des Schadens berücksichtigen.

---

[1]) Der Verkäufer gerät ohne weiteres bei nicht rechtzeitiger Erfüllung in Verzug, wenn er zur Zeit des Kaufs zur Erfüllung unvermögend war. Oertmann S. 163: lit a, Planck § 440 No. 3, Motive II S. 216, 220.

[2]) A. M. Schollmeyer. Einzelne Schuldenverhältnisse S. 10, Endemann I S. 960, die eine Haftung des Verkäufers für nachfolgendes Unvermögen auch ohne Verschulden eintreten lassen wollen. In unserm Sinne: Planck II S. 232, Oertmann S. 163 lit. c. B.

Anders liegt es, wenn der nicht ausgebliebene Teil der Erfüllung, die blosse Uebergabe ohne die Verschaffung des Eigentums, kein Interesse für den Käufer hat. (Bei nur übergebenen Grundstücken wird dies fast immer der Fall sein.) In diesem Falle kann der Käufer, wenn er sein mangelndes Interesse nachweist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages, d. h. sowohl wegen des nicht verschafften Eigentums, als auch wegen des nicht verschafften Besitzes verlangen (rechtskräftiges Urteil: § 325 Abs. 2 (§ 283), Verzug: § 326 Abs. 1 S. 3 (§ 325 Abs. 1 S. 2), nachfolgende Unmöglichkeit: § 325 Abs. 1 S. 2). Natürlich muss er, falls er dies Recht geltend macht, dasjenige, was er durch die teilweise Erfüllung erlangte, den Besitz des Grundstücks, dem Verkäufer wieder zurückgewähren, und zwar vollzieht sich diese Rückgewähr wie überhaupt die Geltendmachung des obigen Rechtes nach den Grundsätzen vom vertragsmässigen Rücktritt. § 280. Danach kann der Verkäufer bis zur Rückgewähr des Grundstücks den Ersatz des Schadens verweigern.

2) Die Haftung des Verkäufers einer beweglichen Sache bezw. eines zum Besitz berechtigenden Rechts an einer solchen.

a) Allgemeines.

Erfüllt der Verkäufer einer beweglichen Sache oder eines Rechts an einer beweglichen Sache, die dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung bezw. Rechtsverschaffung übergeben worden ist, nicht seine Pflicht zur Verschaffung des Eigentums bezw. Rechtes überhaupt oder zur Verschaffung solchen Eigentums, welches von Rechten frei ist, die zum Besitze der Sache berechtigen, so müssen ausser den allgemeinen, im vorigen Abschnitte geschilderten, Voraussetzungen noch bestimmte besondere Voraussetzungen vorhanden sein, damit eine Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben ist. Solange diese besonderen Voraussetzungen noch nicht erfüllt sind, ist der an sich nach den allgemeinen Bestimmungen be-

gründete Schadensersatzanspruch des Käufers in seiner Entstehung gehemmt und zwar sowohl der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht als auch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit.

Die besonderen Voraussetzungen sind in folgenden Fällen gegeben:

1) wenn der Käufer die Sache — freiwillig oder auf Grund einer Verurteilung — dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat,

2) wenn der Käufer die Sache dem Verkäufer zurückgewährt oder ihm den Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten hat,

3) wenn die Sache untergegangen ist,

4) wenn der Käufer das Recht des Dritten durch Erbgang oder auf sonstige Weise erworben oder diesen abgefunden hat oder von ihm beerbt worden ist.

In den Fällen zu 1)—3) muss man unterscheiden, ob der Käufer seinen Besitz dadurch, dass er dem Verkäufer die Sache zurückgewährt hat, oder anderweitig verloren hat.

b) Die Rückgewähr der Sache als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs.

Durch das Erfordernis der Rückgewähr an den Verkäufer wird dem Käufer das ihm nach den allgemeinen Bestimmungen zustehende Recht versagt, solange er sich im Besitze der Sache befindet, Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung zu verlangen. Er darf nicht den bereits verschafften Besitz behalten und daneben wegen des nicht verschafften Eigentums Schadensersatz fordern[1]). Vielmehr bleibt ihm ausschliesslich das Recht, gegen Rückgewähr der empfangenen Teilleistung, d. h. des Besitzes der Sache, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der gesamten Verbindlichkeit zu verlangen, d. h. sowohl wegen Nichtverschaffung des Besitzes wie auch

[1]) Dasselbe folgert Cosack auch für Grundstücke aus seiner Behauptung, dass Besitzverschaffung ohne Eigentumsverschaffung totale Nichterfüllung sei. I. S. 424. 4a.

Nichtverschaffung des Eigentums[1]. Die Ausübung dieses Rechtes ist jedoch dem Käufer gegenüber den allgemeinen Bestimmungen erleichtert. Der Nachweis des mangelnden Interesses an dem blossen Besitz wird nämlich hier nicht gefordert. Andererseits ist das Recht des Käufers auch erschwert. Denn die Rückgewähr der Sache durch den Käufer stellt sich hier nicht als eine diesem obliegende Leistung dar, bis zu deren Bewirkung der Verkäufer den Ersatz des Schadens verweigern kann, sondern sie ist Bedingung für die Entstehung des Schadensersatzanspruchs. Der Käufer muss demnach zuerst die Sache zurückgeben und kann dann erst seinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Der Unterschied dieses Schadensersatzanspruchs von dem, welcher im entsprechenden Falle dem Käufer eines Grundstücks zusteht, zeigt sich insbesondre im Prozesse. Will der Grundstückskäufer bei Vorliegen eines Rechtsmangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gerichtlich geltend machen, so braucht er, damit seine Klage schlüssig ist, ausser dem Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen nur den Rechtsmangel, den dadurch verursachten Schaden und den Mangel seines Interesses am Besitze zu behaupten. Dass er das empfangene Grundstück bereits zurückgewährt habe, liegt ihm zu behaupten nicht ob. Dass dies noch nicht erfolgt sei, bildet vielmehr eine Einrede für den Beklagten, deren Nichtgeltendmachung seine unbedingte Verurteilung zur Folge hat.

Bei beweglichen Sachen besteht dagegen, falls der Käufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der gesamten Verbindlichkeit klagt, auch Behauptungslast hinsichtlich der Rückgewähr der Sache an den Verkäufer. Denn diese gehört als Entstehungsbedingung des Anspruchs zum Klagfundament[2]. Gelingt dem Käufer nicht der Nachweis dafür, dass er die Sache dem Verkäufer zurückgegeben habe, so erfolgt die Abweisung seiner Klage.

---

[1]) Schöller bei Gruchot 46 S. 8.

[2]) Rawitscher, Inhalt der Haftung S. 74 f, a. M. anscheinend Goez a. a. O. S. 56.

Die rechtliche Natur der Rückgewähr als Entstehungsbedingung für den Schadensersatzanspruch des Käufers, nicht aber als Erfüllung einer durch die Geltendmachung des Anspruchs begründeten Verpflichtung verbietet es, darauf die Regeln über den vertragsmässigen Rücktritt entsprechend zur Anwendung zu bringen. Aber nicht allein auf die Rückgewähr als solche, sondern auch auf die Geltendmachung jenes Rechts des Käufers, gegen Rückgewähr Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung zu verlangen, ist die Anwendung der Rücktrittsregeln unzulässig[1]). Denn es handelt sich hier nicht wie nach den allgemeinen Vorschriften um den Rücktritt von dem Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung. Der Anspruch des Käufers einer beweglichen Sache ist darum nicht wie der entsprechende des Käufers eines Grundstücks ausgeschlossen, wenn die Sache durch sein Verschulden wesentlich verschlechtert, umgestaltet, verarbeitet etc. worden ist (§§ 351—353). Ebensowenig kann der Verkäufer durch Stellung einer Frist eventuell den Anspruch vernichten. (§ 354.) Dagegen ist der Anspruch dann auch ausgeschlossen, was nach den Rücktrittsregeln nicht der Fall wäre, wenn die Sache durch Zufall untergegangen ist (§ 350)[2]). Denn die Rückgewähr der Sache ist ja Bedingung dafür, dass der Anspruch des Käufers überhaupt zur Entstehung gelangt.

Schwierigkeiten bietet bei beweglichen Sachen der Fall, dass der Verkäufer die ihm vom Käufer angebotene Sache nicht wieder zurücknimmt. Während der Verkäufer eines Grundstücks hier in Verzug der Annahme geraten würde und der Käufer sich durch Aufgabe des Besitzes des Grundstücks befreien könnte, ist dies bei beweglichen Sachen an sich nicht möglich, da ja der Verkäufer bezüglich der Rückgewähr der Sache gar nicht Gläubiger ist. Nichtsdestoweniger wird man auch hier die Vorschriften über den Gläubiger-

---

[1]) A. M. Schöller, a. a. O. S. 9.
[2]) A. M. Schöller, a. a. O. S. 3.

verzug analog anwenden müssen. Denn das Gesetz wollte durch die Aufstellung des Erfordernisses der Rückgewähr im Gegensatz zum Entwurf I dem Käufer die Gelegenheit gewähren, durch eigene Initiative sich einen Schadensersatzanspruch zu verschaffen. Es liegt darum im Sinne des Gesetzes, ihm für den Fall, dass der Widerstand des Verkäufers ihn daran hindert, dagegen Mittel zu gewähren. Das nächstliegende ist die Anwendung der — beim Grundstückskauf im entsprechenden Falle notwendig zur Anwendung gelangenden — Grundsätze vom Annahmeverzug. Man wird somit dem Käufer das Recht zusprechen müssen, wenn der Verkäufer die Rücknahme der mit einem Rechtsmangel behafteten Sache verweigert, die Sache am Wohnsitz des letzteren versteigern zu lassen und den Erlös zu hinterlegen[1]). (§ 383). Diese Hinterlegung vertritt, falls das Recht auf die Zurücknahme des Erlöses ausgeschlossen ist, die Rückgewähr der Sache (§ 378) und bringt infolgedessen den Schadensersatzanspruch des Käufers zur Entstehung.

Durch die Rückgewähr der Sache erklärt der Käufer, dass er die erfolgte Uebergabe nicht als Erfüllung ansehen wolle. Es ist danach so anzusehen, als hätte der Verkäufer nicht allein seine Pflicht zur Eigentumsverschaffung nicht erfüllt, sondern auch nicht die zur Uebergabe. Der Verkäufer hat folglich dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordernden Käufer auch den Schaden zu ersetzen, den dieser erlitten hatte infolge nicht kaufmässiger Uebergabe der Sache. Hier erhebt sich nun die Frage, wie sich der Verkäufer für eine etwaige Verschlechterung der Sache[2]) oder für die Nutzungen, die ihm während der Besitzzeit des Käufers entzogen worden sind, an diesem schadlos halten könne, eine Frage, deren Beantwortung sich beim

[1]) Oertmann, S. 164.

[2]) Planck (II S. 233) wünscht in diesem Falle § 254 angewandt zu wissen, jedoch unzutreffend, da ja der Käufer garnicht den durch die Verschlechterung der Sache entstandenen Schaden ersetzt haben will.

Grundstückskauf aus der Anwendung der Rücktrittsregeln ergibt (§ 347).

In dem Augenblicke, in dem der Verkäufer die Sache zurückerhält und der Schadensersatzanspruch des Käufers entsteht, gilt die frühere Uebergabe als ohne rechtlichen Grund geschehen. Denn der Verkäufer lässt sie, wozu ihm das Gesetz ein Recht gewährt, nicht mehr als Erfüllung gelten. Mit der Rückgewähr kommt somit an sich zwischen Verkäufer und Käufer ein Schuldverhältnis aus § 812 BGB. zur Entstehung; der Käufer hatte ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Verkäufers etwas erlangt. Der Anfang dieses Schuldverhältnisses ist jedoch auch sein Ende. Denn die Rückgewähr der Sache bedeutet ja die Herausgabe des ungerechtfertigt Erlangten, d. h. die Erfüllung jenes Schuldverhältnisses.

Man wird aber der in der Rückgewähr liegenden Erklärung des Käufers rückwirkende Kraft zusprechen müssen. Dies rechtfertigt ihr Inhalt, wonach die Uebergabe, welche einst vom Käufer als Erfüllung angenommen worden war, jetzt nicht mehr als Erfüllung des Kaufvertrages gelten soll. Man wird somit den Beginn des Schuldverhältnisses aus § 812 auf den Moment der Uebergabe der Sache an den Käufer zurückversetzen, die Rückgewähr der Sache als Erfüllung der condictio indebiti rechtlich beurteilen müssen. Danach beurteilt sich auch die Frage, wie der Käufer dem Verkäufer wegen Verschlechterungen der Sache oder wegen der dem ersteren entzogenen Nutzungen haftet. Solange § 819 BGB. nicht Platz greift, besteht eine Haftung des Käufers für Verschlechterungen der Sache oder wegen Nutzungen, die der Käufer zu ziehen unterlassen hat, der Verkäufer aber hätte ziehen können, nicht; die gezogenen Nutzungen muss dagegen der Käufer, soweit er sie noch hat, dem Verkäufer herausgeben; ist die Herausgabe unmöglich, muss er ihm ihren Wert ersetzen, aber nur soweit, als er dadurch noch bereichert ist. § 818 Abs. 1—3. Anders liegt es, wenn § 819 Platz greift, „wenn der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Em-

pfange gekannt hat oder ihn später erfährt.“ Den Mangel des rechtlichen Grundes prägt der Uebergabe zwar erst die Rückgewähr der Sache auf, jedoch tut sie dies mit rückwirkender Kraft. Eine Kenntnis des mangelnden rechtlichen Grundes ist somit bereits vor der Rückgewähr denkbar. Man wird jene Kenntnis von dem Zeitpunkte an als vorhanden annehmen müssen, in dem der Käufer von dem Rechtsmangel des Verkäufers, der unvollständigen Erfüllung erfährt. Von dem Augenblicke — der Bösgläubigkeit des Käufers in diesem Sinne — an haftet dieser dem Verkäufer nach den allgemeinen Vorschriften (§ 819 vbd. § 818 Abs. 4). Wie sich diese Haftung im einzelnen gestaltet, näher auszuführen, ist hier nicht am Platze, da hierin keine Abweichung des Fahrniskaufs vom Immobiliarkauf liegt. Denn durch § 280 S. 2 vbd. § 347 werden für die Haftung des die Sache zurückgewährenden Immobiliarkäufers die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und Besitzer hinsichtlich des rechtshängigen Eigentumsanspruchs geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt. Dasselbe tut der beim Mobiliarkauf Platz greifende § 818 Abs. 4 auf dem Umwege über den § 252. Die Besonderheit des Kaufs beweglicher Sachen gegenüber dem von Grundstücken, die sich aus der Nichtanwendbarkeit der Rücktrittsregeln auf den ersteren ergibt, liegt darin, dass bei ihm jene qualifizierte Haftung des Käufers beim Empfange der Sache nur dann eintritt, wenn er den Rechtsmangel des Verkäufers kennt, andernfalls erst in dem Augenblicke, in dem er davon erfährt. Solange der Käufer den Rechtsmangel nicht kennt, haftet er dem Verkäufer nach den regelmässigen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Das Recht des Käufers, gegen Rückgewähr der Sache Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung zu verlangen, ist auch gegeben, wenn die Rückgewähr durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt, d. h. also durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe an den Verkäufer (§ 870). Der mittelbare Besitz, der übertragen

wird, muss aber derart sein, dass von dem unmittelbaren Besitzer die sofortige Herausgabe verlangt werden kann, der abzutretende Anspruch muss fällig, unbedingt und nicht durch Einreden entkräftet sein[1]).

Aber auch, wenn der Käufer nicht mehr im mittelbaren Besitze der Sache ist, aber noch einen Anspruch auf Herausgabe derselben hat, z. B. wenn ihm die Sache ohne seinen Willen abhanden gekommen ist, etwa durch Diebstahl[2]), steht ihm das obige Recht zu. Die Abtretung des Anspruchs tritt in diesem Falle an die Stelle der Rückgewähr. Es liegt wiederum hier eine Abweichung gegenüber dem Grundstückskauf vor. Denn der Käufer eines Grundstücks behält in jenem Falle nach den Grundsätzen vom Rücktritt den Anspruch wegen vollständiger Nichterfüllung nur, wenn die durch den Besitzverlust herbeigeführte Unmöglichkeit der Rückgewähr zufällig, ohne sein Verschulden eingetreten ist (arg. § 351).

c) Der Untergang und die Herausgabe der Sache an den Berechtigten als Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs.

In den Fällen, in denen der auf andere Weise als durch Rückgewähr an den Verkäufer eingetretene Besitzverlust Bedingung für einen Schadensersatzanspruch des Käufers ist, handelt es sich nicht um einen solchen wegen vollständiger, sondern nur wegen teilweiser Nichterfüllung. Diese Fälle sind der Untergang der Sache und ihre Herausgabe an den Berechtigten mit Rücksicht auf dessen Recht. Das Recht des Dritten muss Motiv für die Herausgabe der Sache seitens des Käufers gewesen sein. Ein solches wird auch dann vorhanden sein, wenn dieser die Sache dem Berechtigten zwecks Vermeidung des Prozesses zu einem den Wert der Sache bei weitem nicht erreichenden Preise verkauft hat[3]).

[1]) Cosack, I S. 423.

[2]) An diesen Fall ist vor allem bei der Bestimmung des § 440 Abs. 4 gedacht. Prot. II S. 8439.

[3]) Rawitscher, Inhalt der Haftung S. 68.

Der Untergang und die Herausgabe der Sache sind nicht nur dann Entstehungsbedingung für einen Schadensersatzanspruch des Käufers, wenn diese Tatsachen in seiner Person eintreten, sie sind es auch dann, wenn der Käufer die Sache weiterveräussert hat und bei dem Erwerber die Sache untergeht oder dieser sie dem Berechtigten herausgibt[1]). Hier ist jedoch ausserdem erforderlich, dass der Käufer selber von seinem Abkäufer regresspflichtig gemacht worden ist[2]).

Cosack hält das letztere nicht für notwendig, jedoch mit Unrecht. Denn durch die Ausnahmebestimmung des § 440 Abs. 2—4 wollte man, wie noch unten zu erörtern sein wird, eine feste Grundlage für die Berechnung des infolge des Rechtsmangels dem Käufer entstandenen Schadens schaffen. Eine solche fehlt, wenn der grösste Schaden dem Käufer erst in Zukunft droht, wie dies insbesondere der Fall ist, wenn sich die fremde Sache noch im Besitze des Käufers befindet, somit ihm jederzeit vom Eigentümer evinziert werden kann. In derselben Lage befindet sich auch der Käufer, wenn er die mit dem Rechtsmangel behaftete Sache weiter verkauft hat. Hier muss er jederzeit damit rechnen, dass er seinen Käufer wegen des Rechtsmangels schadlos halten muss. Erst wenn er seinem Abkäufer dessen Schaden ersetzt hat, ist jene vom Gesetz gewollte Grundlage vorhanden, auf der sich leicht sein eigener Schaden berechnen lässt. Darum widerspricht es dem Sinn des Gesetzes, wenn man, wie Cosack, auch ohne die erfolgte Regressleistung seitens des Käufers seinen Schadensersatzanspruch für begründet ansieht, sofern nur die besonderen Voraussetzungen des § 440 Abs. 2—4 in der Person seines Besitznachfolgers eingetreten sind.

Dass hier ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der in dem Mangel der Besitz- und Eigentumsverschaffung seine Ursache hat, nicht in Frage kommt, folgt daraus, dass

---

[1]) Cosack, I S. 423.

[2]) vgl. Petri, Gewährleistung S. 443.

der Verkäufer ja seine Verpflichtung zur Uebergabe erfüllt hat, an und für sich also gar kein Schaden wegen Nichterfüllung dieser Pflicht eintreten kann. Um einen derartigen Schaden künstlich zur Entstehung zu bringen, bedürfte es der Rückgewähr der Sache. Diese ist aber, wenn die Sache untergegangen ist oder sich im Besitze des Berechtigten befindet, nicht mehr möglich. Dass trotz dieser Unmöglichkeit dem Käufer ein Anspruch auf Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung zusteht, wie es beim Grundstückskauf nach den Grundsätzen vom Rücktritt dann der Fall ist, wenn den Käufer kein Verschulden trifft, ist hier nicht anzunehmen. Denn daraus, dass das Gesetz die Rückgewähr der Sache (Abtretung des Herausgabeanspruchs) zur Bedingung eines Schadensersatzanspruchs gemacht hat, ist zu folgern, dass die Rückgewähr die einzige Möglichkeit für den Käufer ist, neben Ersatz des Schadens, für den die unterbliebene Eigentumsverschaffung kausal ist, auch Ersatz des Schadens zu verlangen, der durch den Besitzverlust eingetreten ist.

Die Ansicht, dass der Untergang der Sache und die Herausgabe derselben nur einen Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung zur Folge haben, ist nicht unbestritten. Sie wird insbesondere vertreten von Planck[1]) und Neumann[2]). Einen Schadensersatzanspruch wegen vollständiger Nichterfüllung nehmen folgerichtig diejenigen Schriftsteller an, welche leugnen, dass Uebergabe ohne Eigentumsverschaffung teilweise Erfüllung ist; aber auch Kipp[3]) und Schöller[4]) nehmen dies an, letzterer lediglich bezüglich des Untergangs. Schöller sieht in dem § 440 Abs. 2 a. E. eine Ausnahme von den hier Anwendung findenden Regeln vom Rücktritt, vor allem von dem § 351.

[1]) Planck, II S. 233 5.

[2]) Neumann, Komm. § 440 Nr. 3.

[3]) Windscheid-Kipp S. 637.

[4]) Schöller, a. a. O. S. 8, in unserm Sinne auch Goez, die Haftung des Verk. S. 57 f., der jedoch für den Fall des zufälligen Untergangs den vollen Schadensersatzanspruch annimmt.

Dass die Grundsätze vom Rücktritt keine Anwendung hier finden können, haben wir oben bereits darzulegen versucht. Kipp begründet seine Ansicht nicht näher. Dernburg[1]), Oertmann[2]), Müller-Meikel[3]) nehmen anscheinend ebenfalls nicht Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung an, da sie den Anspruch des Käufers auf den Fall des zufälligen Untergangs der Sache beschränken wollen. Wie diese Schrittsteller zu dieser Ansicht gekommen sind, hören wir aber nicht. Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes darauf zu schliessen, dass es dort, wo es von Schadensersatz wegen Nichterfüllung spricht, immer solchen wegen vollständiger Nichterfüllung meint, wie Leonhard[4]) und auch das Reichsgericht[5]) es tun, ist m. E. nicht angängig.

Die Frage, ob der Schadensersatzanspruch, der durch die Herausgabe der Sache an den Berechtigten entsteht, auf vollständige oder teilweise Nichterfüllung sich gründet, ist praktisch nicht sehr wichtig. Denn auch, wenn man wie wir das letztere annimmt, ist dem Käufer der Schaden zu ersetzen, der ihm aus dem Verluste des Besitzes der Sache erwachsen ist, jedoch nicht deswegen, weil die Nichterfüllung der Uebergabepflicht des Verkäufers fingiert wird, sondern deswegen, weil der Besitzverlust im Kausalzusammenhange mit dem Rechtsmangel des Verkäufers steht.

Der Schadensersatzanspruch des Käufers aus dem Untergang der Sache wird nicht allzuhäufig praktisch werden. Denn ein Schaden kann ihm in diesem Falle höchstens dann entstehen, wenn er wegen seines fehlenden Eigentums nicht in der Lage war, die Sache weiter zu veräussern und auf diese Weise einen Gewinn zu erzielen.

Der Rechtssatz, dass der Käufer bei Untergang der Sache oder bei Herausgabe derselben an den Berechtigten Schadensersatz wegen Nichtverschaffung des Eigentums oder

---

[1]) Dernburg, II, 1 S. 45.
[2]) Oertmann, S 165.
[3]) Müller-Meikel, BR. I S. 451.
[4]) Leonhard, Anm. 1 zu Ecks Vortr. S. 441.
[5]) RG. Entsch. Bd. 52 S. 356, 357.

wegen Nichtleistung einer res libera verlangen kann, bedeutet keine Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen. Denn auch der Käufer eines Grundstücks hat bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen jenen Anspruch in den genannten Fällen. Jedoch liegt in obigem Rechtssatze eine Einschränkung der allgemeinen Bestimmungen, „eine Erschwerung der Haftung des Verkäufers[1]." Während der Immobiliarkäufer stets den Anspruch auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung hat, wenn nur die allgemeine Voraussetzungen vorhanden sind und er durch das an der Sache bestehende Recht des Dritten Schaden erlitten hat, so hat ihn der Käufer einer beweglichen Sache nur, wenn ausserdem die Sache untergegangen oder an den Dritten herausgegeben worden ist. Letzterem fehlt darum nicht allein, wenn er im unmittelbaren Besitze der Sache ist oder von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe beanspruchen kann, der Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung, (hier kann er freilich durch Rückgewähr der Sache oder Abtretung des Anspruchs an den Verkäufer sich den Schadensersatzanspruch wegen vollständiger Nichterfüllung verschaffen), er hat ihn auch nicht ohne weiteres, wenn er nicht mehr im Besitz der Sache ist. Nur wenn der Besitzverlust seinen Grund im Untergange oder in der Herausgabe der Sache an den Berechtigten hat oder der Käufer von seinem Abkäufer, bei dem jene Tatsachen eingetreten sind, wegen des Rechtsmangels regresspflichtig gemacht worden ist, so ist jener Anspruch gegeben.

Nach alledem hat der Käufer einer beweglichen Sache, der durch die Nichtverschaffung des Eigentums seitens des Verkäufers einen Schaden erlitten hat, in dem Falle keinen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens und ist auch nicht in der Lage, einen solchen sich zu verschaffen, wenn die Sache sich im Besitze eines anderen befindet und er von diesem die Herausgabe nicht fordern kann[2]).

---

[1] Leonhard, Anm. 2 in Ecks Vortr, S. 441.

[2]) Cosack I, S. 424.

d. Die fingierte Herausgabe der Sache an den Berechtigten als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kommt ferner zur Entstehung:

1) wenn der Käufer von dem Berechtigten beerbt wird,

2) wenn er umgekehrt den Berechtigten beerbt oder dessen Recht anderweit erwirbt,

3) wenn er sich mit dem Berechtigten abfindet.

Die Sache liegt hier so, dass entweder der Berechtigte in die Stellung des Käufers eintritt oder der Käufer umgekehrt in die des Berechtigten oder endlich das Recht des Dritten infolge der Bemühungen des Käufers erlischt. Man wird den § 440 Abs. 3 sogar in dieser Weise extensiv interpretieren müssen und auch den vom Gesetz nicht ausdrücklich genannten Fall, dass der Käufer seine Rechte aus dem Kaufe an den Drittberechtigten abtritt, als Entstehungsbedingung für einen Schadensersatzanspruch des Letzteren anzusehen haben. Infolge der gedachten rechtlichen Ereignisse wird es dem Verkäufer unmöglich, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen bezw. das auf der Sache lastende Recht zu beseitigen. (Infolge Vereinigung von Forderung und Recht in einer Person oder infolge Untergang des Rechts.) Diese Unmöglichkeit hat an sich nicht ihren Grund in einem Verschulden des Verkäufers. Folglich ist sie allein nicht imstande, einen Schadensersatzanspruch des Käufers zu erzeugen. Vielmehr müssen ausserdem die allgemeinen Voraussetzungen gegeben sein, d. h. jene Unmöglichkeit muss auf einem vom Verkäufer verschuldeten Umstande beruhen oder dieser muss sich zur Zeit ihres Eintritts im Verzuge befunden haben (§ 287). Die Frage, ob der Verkäufer Schadensersatz wegen vollständiger oder teilweiser Nichterfüllung zu leisten hat, wird man nach dem oben schon Ausgeführten in letzterem Sinne zu entscheiden haben. Denn der Verkäufer ist ja seiner Pflicht zur Uebergabe bereits nachgekommen, und ohne Rückgewähr der Sache gibt es, falls keine positive Bestimmung vorliegt, keinen

Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung. Das hindert jedoch nicht, dass bei der Berechnung des Schadens es so gehalten wird, als hätte der Käufer infolge der Nichterfüllung des Verkäufers den Besitz der Sache verloren. Denn von dem Zeitpunkte an, in dem der Käufer das Recht des Dritten erwirbt oder der Berechtigte die Ansprüche des Käufers, wird die Sache nicht mehr auf Grund der mit Rücksicht auf den Kauf erfolgten Tradition besessen, sondern auf Grund des ausserhalb der Tradition erworbenen Rechts an der Sache. Der Käufer verliert als solcher den Besitz der Sache, der Berechtigte erwirbt ihn, und zwar verliert der Käufer den Besitz in einer für ihn unwiederbringlichen Weise, da er ja selber der Berechtigte ist. Dasselbe gilt, wenn der Käufer den Berechtigten abfindet. Denn dadurch erweitert sich das bisher in seinem Inhalte beschränkte Eigentum. Während er zuvor kraft desselben nicht zum unmittelbaren Besitze berechtigt war, ist er es nunmehr. Genau so liegt es allerdings auch, wenn der Dritte nicht erst infolge von Abfindung durch den Käufer auf sein Recht verzichtet, sondern dies unentgeltlich tut. Eine extensive Interpretation in diesem Sinne erscheint jedoch bei dem klaren und bestimmten Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen.

Der Schaden, den der Verkäufer bei Erwerb des Rechts durch den Käufer u. s. w. diesem zu ersetzen hat, besteht vor allem in dem Verlust der Sache, den der Käufer als solcher für immer erlitten hat. Dass für diesen Verlust die unterbliebene Eigentumsverschaffung kausal ist, und dass der Ersatz des dadurch entstandenen Schadens deshalb wegen „teilweiser Nichterfüllung", geschuldet wird, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Ein Schadensersatzanspruch erwächst dem Käufer übrigens auch dann, wenn die geschilderten rechtlichen Ereignisse in der Person seines Abkäufers eingetreten sind und er diesem wegen des Rechtsmangels hat Schadenersatz leisten müssen [1]).

---

[1]) Cosack I. S. 423.

Falls der Käufer eines Grundstücks, dem gegenüber der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Verschaffung lastenfreien Eigentums nicht nachgekommen ist, das dem Verkäufer mangelnde Recht des Dritten erwirbt, von diesem beerbt wird oder ihn abfindet, so ist der Schadensersatzanspruch, der ihm bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen zusteht, von dem gleichen Inhalt wie der geschilderte des Käufers einer Fahrnissache. Ihm gebührt ebenfalls der Ersatz des Schadens, der ihm daraus entstanden ist, dass er die Sache in seiner Eigenschaft als Käufer verloren hat. Der Unterschied zwischen Mobilar- und Immobiliarkauf besteht hier wiederum darin, dass zur Entstehung des Schadensersatzanspruchs des Mobiliarkäufers das Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen nicht genügt, sondern, dass ausserdem jene bestimmten rechtlichen Ereignisse vorliegen müssen.

e. Uebersicht über die Besonderheiten des Mobiliarkaufs.

Der § 440 Abs. 2—4 bringt keinen prinzipiellen Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers zum Ausdruck. Die Gewährleistung hat bei beiden denselben Charakter, sie ist Teil der dem Verkäufer obliegenden Erfüllung. Nur für den Fall, dass sich nachträglich die primäre Gewährleistungspflicht infolge ihrer Nichterfüllung in die sekundäre Schadensersatzpflicht verwandelt, findet eine unterschiedliche Behandlung von beweglichen und unbeweglichen Sachen statt, aber auch nur unter der Bedingung, dass jene Verwandlung erst nach Uebergabe der Sache an den Käufer erfolgt. Während bei Grundstücken die allgemeinen Voraussetzungen dafür gelten, dass an die Stelle der primären die sekundäre Verpflichtung des Verkäufers tritt, hat das Gesetz bei beweglichen Sachen noch besondere Voraussetzungen dafür aufgestellt. Ganz allgemein liegt der Aufstellung dieser besonderen Voraussetzungen der Gedanke zu Grunde, dass der Käufer nicht den Besitz der Sache

behalten und daneben Schadensersatz wegen des Rechtsmangels erlangen soll. Infolgedessen hat der Käufer, solange er den Besitz der Sache hat oder die Einräumung dieses von dem Besitzer verlangen kann, nur das Recht, Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung zu verlangen. Dieses Recht ist nicht wie beim Grundstückskauf von vornherein gegeben, sondern ist seiner Entstehung nach an die Rückgewähr der Sache oder Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Verkäufer geknüpft. Dagegen ist nicht wie bei Grundstücken Bedingung für das Bestehen jenes Rechts: Ermangelung des Interesses an der in der Uebergabe liegenden teilweisen Erfüllung. Endlich bleibt jenes Recht dem Käufer solange, als ihm die Rückgewähr bezw. Anspruchszession möglich ist, was bei Grundstücken infoge der Anwendung der Grundsätze vom Rücktritt nicht immer der Fall ist.

Ist der Käufer nicht mehr im Besitz der Sache und kann er sich diesen auch nicht im Wege Rechtens verschaffen, so steht ihm allein ein Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung zu, d. h. nur wegen des Rechtsmangels, anders als bei Grundstücken, bei denen der Anspruch auf Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung auch dann gegeben ist, wenn der Käufer nicht mehr im Besitze ist und die infolgedessen bestehende Unmöglichkeit der Rückgewähr nicht auf seinem Verschulden beruht. Aber nicht in allen Fällen, in denen er sich nicht mehr im Besitz der Sache befindet, hat der Käufer beweglicher Sachen obigen Schadensersatzanspruch, sondern nur, wenn er den Besitz durch Untergang oder Herausgabe der Sache an den Berechtigten verloren hat, oder wenn er die Sache weiter verkauft hat und nun von seinem Abkäufer infolge des Rechtsmangels haftpflichtig gemacht worden ist. Der tatsächlichen Herausgabe steht die rechtliche gleich, d. h. der Fall, dass Käufer und Berechtigter identisch werden. Auch hier ist der Schadensersatzanspruch hinsichtlich seiner Entstehung durch jene den Besitzverlust herbeiführenden Fälle bedingt.

f. Grund der singulären Behandlung beweglicher Sachen.

Als den Grund für die Ausnahmebestimmungen des § 440 Abs. 2—4 hören wir sowohl in den Protokollen[1]) wie auch in der Denkschrift[2]), es sollte vermieden werden, „dass der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erhalte und gleichzeitig im Genuss der Sache verbleibe.“ Es ist offenbar an den Fall gedacht, dass der Käufer bereits vor der Herausgabe der Sache an den Berechtigten den Schaden, der ihm durch die Entziehung der Sache droht, ersetzt erhält und auf diese Weise, da er bis zur wirklichen Entziehung sowohl die Sache als auch dasjenige, das er als Ersatz für sie empfangen hat, nutzt, einen ungerechten Vermögensvorteil erlangt. Theoretisch ist jedoch dieser Fall undenkbar. Denn dem Käufer kann natürlich nur der Schaden ersetzt werden, den er bereits erlitten hat, nicht aber derjenige, den er wahrscheinlich in der Zukunft erleiden wird. Der von der Denkschrift angegebene Grund kann somit nicht der wahre Grund sein. Dieser liegt vielmehr darin, dass es sich, solange der Käufer noch im Besitz der Sache sich befindet, ungemein schwer feststellen lässt, welcher Schaden dem Käufer wegen des Rechtsmangels erwachsen ist[3]). Insbesondere wird es niemals feststehen, welchen Minderwert die Sache wegen der Möglichkeit ihrer Entziehung durch den Berechtigten besitzt. Sobald dagegen der Käufer den Besitz der Sache — mit oder ohne seinen Willen — unwiderbringlich verloren hat, fehlt es im allgemeinen nicht mehr an einer festen Grundlage zur Berechnung des Schadens. Denn die Gefahr des zukünftigen Eintritts eines Schadens liegt nicht mehr vor, wenn wir von dem bereits oben behandelten Falle absehen, dass der Käufer die Sache weiter veräussert hat und noch den Schadensersatzanspruch seines Abkäufers wegen des Rechtsmangels

---

[1]) Protok. I S. 663.
[2]) Denkschrift, S. 90.
[3]) Petri, a. a. O. S. 40 f.

gewärtigen muss. Dass das Gesetz, diesen Fall ausgenommen, die übrigen, in denen der Käufer den Besitz der Sache nicht mehr hat, nicht sämtlich berücksichtigt hat, ist wohl eine Lücke desselben [1]).

Im Gegensatz zu beweglichen Sachen ist es bei Grundstücken lange nicht so schwierig, vor Verlust der Sache den Schaden des Käufers festzustellen. Insbesondere wird dieser, wenn der Mangel im Rechte bekannt wird, sich darin äussern, dass es dem Käufer unmöglich wird, auf das Grundstück Hypotheken aufzunehmen. Für den bloss drohenden, aber noch nicht eingetretenen Besitzverlust kann der Käufer eines Grundstücks ebensowenig Schadensersatz beanspruchen wie der einer beweglichen Sache.

Des Besitzverlustes als der Grundlage der Schadensberechtigung bedarf es natürlich auch bei beweglichen Sachen nicht, wenn das Recht des Dritten zum Besitze garnicht berechtigt.

---

[1]) Eine extensive Interpretation des § 440 Abs. 2—4 ist aber trotzdem unzulässig. A. M. Goez, a. a. O. S. 56 f.

Lebenslauf.

Ich, Paul Friedrich Ernst Thieme, Sohn des Oberlehrers Professor Dr. Hermann Thieme und seiner (†) Ehefrau Mathilde, geb. Schur, in Posen, wurde am 12. Dezember 1883 in Posen geboren. Ich bin preussischer Staatsangehörigkeit und evangelischen Bekenntnisses. Von Ostern 1890 ab besuchte ich die Vorschule, die Sexta, Quinta und Quarta des Kgl. Berger-Realgymnasiums in Posen, Ostern 1896 trat ich in das neu gegründete Kgl. Berger-Gymnasium daselbst über, an dem ich am 7. Februar 1902 das Zeugnis der Reife erhielt.

Hierauf studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten zu Marburg (1 Semester), Berlin (2 Semester), Leipzig (1 Semester) und Breslau (2 Semester). Am 29. Mai 1905 bestand ich die erste juristische Prüfung vor dem Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau, am 27. Juni 1905 das mündliche Doktorexamen vor der juristischen Fakultät der dortigen Universität. Am 9. Juni 1905 wurde ich als Referendar für den Staatsdienst vereidigt und bin als solcher dem Amtsgericht zu Schmiegel überwiesen.

Rechts- und staatswissenschaftliche Vorlesungen hörte ich bei folgenden Herren Professoren und Dozenten:

Bornhak, Brie, Brunner, Dahn, Dernburg, Enneccerus, Fischer, Friedberg, Gierke, Gretener, Hölder, Jörs, Kahl, Kleineidam, Klingmüller, Kohler, Lehmann, Mendelssohn-Bartholdi, Neubecker, Schmoller, Seckel, Sering, Sohm, Tröltsch, Wach, Wagner, Wolf.

Allen diesen Herren, insbesondere aber den Herren Geheimrat Fischer und Professor Beyerle für die an dieser Arbeit bewiesene Anteilnahme, spreche ich auf diesem Wege meinen aufrichtigsten Dank aus.